Das Recht der Schuldverhältnisse.

Kommentar

zum

zweiten Buche des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs

von

Dr. J. Meisner,
Oberlandesgerichts-Rath.

Breslau.
Verlag von M. & H. Marcus.
1898.

Preis 5 Mark.

Verlag von M. & H. Marcus in Breslau.

Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht herausgegeben von Dr. Siegfried Brie, ordentl. Professor der Rechte an der Universität Breslau. Heft 1. **Der Weg der Gesetzgebung in Preußen** von **Max Fleischmann**, Doktor der Rechte. Mk. 3,60

Albus, S., **Der drohende Niedergang des Preußischen Richterstandes.** Mk. 0,50

Armer, G., **Detailreisen und Hausirhandel** nach der Gewerbeordnungsnovelle. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. Mk. 0,75

Bozi, A., **Die Angriffe gegen den Richterstand.** Mk. 0,50

Bozi, A., **Reform der Untersuchungshaft.** Darstellung nebst Gesetzesvorschlag. Mk. 1,00

Bruck, F., **Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich.** Mk. 1,00

Bruck, F., **Fort mit den Zuchthäusern!** Mk. 1,50

Bruck, F., **Neu-Deutschland und seine Pioniere.** Ein Beitrag zur Lösung der sozialen Frage. Mk. 1,00

Ebert, E., **Das amtsgerichtliche Decernat.** Beispiele und Verfügungsentwürfe für die gesammte amtsrichterliche Thätigkeit nach Reichs- und Landrecht unter Anführung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Gebunden Mk. 10,00

Engelmann, A., **Der Civilprozeß.** Geschichte und System.

Erster Band: Allgemeiner Theil. Mk. 2,80

Zweiter Band: Geschichte des Civilprozesses.

Erstes Heft: Der mittelalterlich-deutsche Prozeß. Mk. 1,60

Zweites Heft: Der römische Civilprozeß. Mk. 2,40

Drittes Heft: Der romanisch-kanonische Prozeß und die Entwicklung des Prozeßrechts in Deutschland bis zum Erlaß der deutschen Civilprozeßordnung Mk. 3,20

Dritter Band: Darstellung des heutigen Civilprozeßrechts. (In Vorbereitung.)

Engelmann, A., **Das preußische Privatrecht** in Anknüpfung an das gemeine Recht systematisch dargestellt. 6. vermehrte Auflage. Brosch. Mk. 8,00. Gebunden Mk. 9,00

Fleischmann, M., **Das pignus in causa judicati captum.** Eine civilistische Studie. Mk. 3,00

Frommhold, G., **Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts.** Zum Selbststudium und Gebrauch bei Uebungen im deutschen Privatrecht zusammengestellt. Mk. 1,00

Hassenpflug, R., **Die erste Kammergerichtsordnung Kurbrandenburgs.** Mk. 2,00

Kurtz, C., **Die Armenpflege im preußischen Staate.** Eine systematisch geordnete Sammlung aller darauf bezüglichen, jetzt geltenden Gesetze und Verordnungen. Cart. Mk. 2,50

Das

Bürgerliche Gesetzbuch

für das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetze

[illegible]

Dr. [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Das

Bürgerliche Gesetzbuch

für das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetze.

Kommentirt

von

Dr. J. Meisner,

Oberlandesgerichts-Rath.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Breslau.

Verlag von M. & H. Marcus.

1898.

Das

Recht der Schuldverhältnisse.

Kommentar

zum

zweiten Buche des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs

von

Dr. J. Meisner,

Oberlandesgerichts-Rath.

Breslau.

Verlag von M. & H. Marcus.

1898.

Inhaltsverzeichniß.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Vorwort.

Der vorliegende Kommentar will einen Beitrag zum leichtern Verständniß des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Tragweite seiner Bestimmungen im Vergleich mit dem bisherigen Recht, namentlich mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht für den praktischen Gebrauch darbieten. Die Erläuterung des praktisch besonders wichtigen Rechts der Schuldverhältnisse (II. Buch) erscheint zunächst. Ein Kommentar zu dem den allgemeinen Theil enthaltenden ersten Buche befindet sich in Vorbereitung. Eine Kommentirung der übrigen Theile des großen, die langerstrebte hochbedeutsame Einheit des Privatrechts für das Deutsche Reich gewährenden Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes ist in Aussicht genommen.

Bei der Auslegung des Gesetzes ist die prinzipielle Frage von erheblicher Bedeutung, welche Stellung der Rechtswissenschaft hierbei einzuräumen und welches Gewicht auf die legislativen Vorarbeiten, insbesondere auf die Motive zu legen ist. Es sind in dieser Hinsicht bereits gerade mit Bezug auf das Bürgerliche Gesetzbuch verschiedene Auffassungen hervorgetreten, die unter Umständen zu sehr abweichenden Ergebnissen führen können.

Im Inhalte des Rechts sind drei nicht streng von einander gesonderte, sich vielmehr gegenseitig beeinflussende und durchkreuzende Bestandtheile zu unterscheiden: ein rein positives, ein juristisch-technisches und ein ethisches Element. Nur die letzteren beiden gehören eigentlich dem Gebiete der Rechtswissenschaft an, während die rein positiven, auf Gründen legislativer Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit beruhenden Vorschriften, wie z. B. über die Formen der Rechtsgeschäfte, über Verjährung u. s. w. weniger Sache der Rechtswissenschaft als vielmehr der Rechtskenntniß sind.

Wie jede Wissenschaft so hat auch die Rechtswissenschaft die Aufgabe, die Fülle der einzelnen Erscheinungen unter leitende Grundsätze zu subsumiren und zu ordnen. Auf ähnliche Weise wie die Mathematik hat, wie Savigny sagt[1]), jeder Theil unseres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben

[1]) Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 22.

sind; wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese herauszufühlen und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter giebt. Weit mehr aber, als durch hierbei bethätigte juristische Consequenz, als durch „Rechnen mit Begriffen" wird der innere Werth eines Rechtssystems durch die Durchführung der ethischen Grundsätze im Recht bestimmt, wie sie namentlich in der Anerkennung von Treue und Glauben als obersten Princips des Verkehrslebens und in der Abweisung dessen, was gegen die guten Sitten verstößt, sowie in der Berücksichtigung der sozialen Aufgaben des Rechts zum Ausdruck kommen.

In dieser Hinsicht kann die Rechtswissenschaft auch im Anschluß an die bestehende Gesetzgebung einen sehr bedeutenden günstigen Einfluß ausüben, wenn sie, frei von abstract-doctrinärer Methode, philosophische Denkweise fördernd, im Hinblick auf das praktische Leben und seine Bedürfnisse das Recht als sittliche Lebensordnung betrachtet und behandelt, nicht lediglich als ein System mit strenger Consequenz durchgeführter Regeln.

Neben der Vermittelung der geistigen Durchdringung und Beherrschung des geltenden Rechts hat die Rechtswissenschaft auch die Aufgabe, die Thätigkeit des Gesetzgebers vorzubereiten und zu begleiten. Es ist ihr nun aber neuerdings auch eine praktische Bedeutung beigemessen worden, wie sie im gemeinen Recht, namentlich im vorigen Jahrhundert, unter dem Einfluß des Naturrechts Anerkennung gefunden hatte; es hat nämlich die Ansicht Vertretung gefunden, daß die Rechtswissenschaft (und die von ihr geleitete Praxis) auch gegenüber den bestehenden Gesetzen und in Korrektur derselben maßgebend zu bestimmen habe, was als dem wirklichen Recht entsprechend zu betrachten und zur Geltung zu bringen sei.

Es ist in dieser Hinsicht bemerkt worden[1]): „Zwei Zauberer werden ihr Werk, geheimnißvolle Kräfte in sich tragend, an dem Entwurfe (des B. G. B.) vollbringen, sobald er Gesetz geworden ist: die Deutsche Rechtswissenschaft und die Deutsche Praxis. Auch da, wo der Entwurf in seinen Vorschriften fehlgegriffen hat, wird die Wissenschaft die Thür zu öffnen haben (sie kann es), durch welche die Gerechtigkeit mit Macht hereinbringt".

Demgegenüber ist zu betonen, daß der Richter nur nach dem Gesetz, nicht nach seiner davon etwa abweichenden subjektiven Ansicht über Recht und Billigkeit zu entscheiden hat.

---

[1]) Prof. Sohm, Über den Entw. eines B. G. B. für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, S. 20 des Sonderabdrucks aus Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 39.

Andererseits ist geltend gemacht worden[1]), bei der Art und Weise, wie unsere Gesetze durch die Berathungen von Kommissionen und die Beschlüsse der verschiedenen gesetzgebenden Faktoren, nicht durch einen einheitlichen Willen entstehen, könne von einer „Meinung des Gesetzgebers“ überhaupt nicht mehr die Rede sein; der Richter habe sich also an die Worte zu halten, in und zwischen den Zeilen zu lesen; „bleiben hiernach Zweifel, so entscheide er sich zunächst für das, wofür schon Andere mit Erfolg sich entschieden haben, er folge gutem, altem Brauch, insbesondere der auctoritas rerum similiter judicatarum; erscheint ihm aber der Brauch als kein guter, den Anforderungen seiner Zeit noch entsprechender oder bestehen Vorentscheidungen überhaupt nicht, so folge er dem Rechtsgefühl der Gegenwart, selbstverständlich innerhalb der durch den Gesetzestext gezogenen Schranken“; bei der Schwierigkeit, für das Rechtsgefühl „feste Merkmale aufzufinden“, „wird man — (dieser Ansicht nach) — an dem Bilde desselben sich genügen lassen müssen, das dem Richter eben vorschwebt“.

In Uebereinstimmung hiermit ist es von einem andern Vertreter der Rechtswissenschaft[2]) für „ganz unrichtig und höchst verderblich“ erklärt worden, „wenn vielfach der Auslegung die Aufgabe zugewiesen wird, zu erforschen, was der Gesetzgeber gewollt oder nicht gewollt habe“, nur das losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes sei als bindend zu betrachten, „ohne daß aber dadurch dem Buchstaben das Rechte gegeben wäre, den Geist zu tödten und seine Weiterentwickelung zu verhindern“.

Eine solche die subjektive Auffassung des Interpreten in den Vordergrund stellende Auslegungs-Methode würde nur zu leicht den festen Boden verlieren[3]).

---

[1]) E. J. Bekker, der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbüchern zc. Bd. 34 S. 73 ff.

[2]) O. Fischer, in der Einleitung zu seiner und Henle's Handausgabe des B. G. B. S. XXVII f. — Vgl. auch die Abhandl. desselben über das Sachenrecht in der Sammlung von Vorträgen über den Entw. des B. G. B., Heft 3 S. 11.

[3]) In ähnlicher Weise hatte sich im vorigen Jahrhundert eine ziemlich schrankenlose Interpretations-Weise entwickelt, die Goethe mit den Worten kennzeichnet: Im Auslegen seid frisch und munter, legt ihrs nicht aus, so legt was unter! Aus der Absicht, derartige willkürliche Gesetzes-Auslegungen zu verhindern, nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, aus Abneigung gegen die Rechtswissenschaft ist es auch zu erklären, daß Friedrich der Große in seiner, die Ausarbeitung des Preußischen A. L. R. betr. Kabinets-Ordre vom 14. April 1780, es nicht dulden zu wollen erklärte, „daß irgend ein Richter, Kollegium oder Etats-Minister die Gesetze zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, vielweniger neue Gesetze zu geben sich einfallen lasse“. — Von demselben Standpunkte aus bestimmte auch ein polnisches Gesetz vom Jahre 1775, wenn eine Gerichtsbarkeit ein Gesetz „unter dem Vorwand einer Zweideutigkeit desselben auszulegen sich unterfangen“ sollte, so solle der damals eingesetzte „immerwährende Rath“ (Staatsrath) „dergleichen Auslegung der Gesetze“ nicht verstatten, dieselben erklären und „als eine vollziehende Macht“ in Ausführung bringen. Vgl. die Abhandl. des Verfassers dieses Kommentars: Gerichtsorganisation und Rechtspflege (in Südpreußen), in der Sonder-Veröffentlichung der Histor. Gesellsch. für die Provinz Posen: „Das Jahr 1793“ zc. (1895) S. 322 f.

„Mit Worten läßt sich trefflich streiten, mit Worten ein System bereiten!“ Allerdings wird bei der Art und Weise, wie unsere Gesetze zu Stande kommen, mitunter schwer festzustellen sein, ob und welche übereinstimmende Auffassung die Gesetzgebungs-Faktoren betreffs einzelner Vorschriften gehabt haben; dann werden solche Vorschriften im Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen nach dem Geist des Gesetzes und nach anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen auszulegen sein. Im Allgemeinen aber ist das, was der Gesetzgeber, die gesetzgebenden Faktoren, gewollt haben, — und das ist maßgebend — aus den Motiven und Berathungen mit genügender Deutlichkeit zu entnehmen. Eine authentische Bedeutung haben dabei allerdings nur die im Gesetze selbst zum Ausdruck gekommenen Grundsätze und Bestimmungen, nicht aber die im Anschluß daran in den Motiven oder Berathungen geäußerten Ansichten über die Tragweite einzelner Vorschriften im Zusammenhange des Rechtssystems. — Für das Verständniß des B. G. B. ist übrigens auch eine Vergleichung des I. und II. Entwurfs von nicht unerheblicher Bedeutung. Im vorliegenden Kommentar sind daher auch die Abweichungen dieser beiden Entwürfe bei den erheblicheren Punkten speciell berücksichtigt worden.

Bei der Auslegung und Fortentwickelung des Gesetzbuchs wird es aber jedenfalls vornehmlich auf die Persönlichkeit der zu seiner Handhabung berufenen Richter ankommen. In freier geistiger Thätigkeit, nicht buchstabenmäßig und formalistisch ist das Gesetz zur Anwendung zu bringen, unter steter Wahrung des Gedankens, daß Grund und Ziel jeder Rechtsordnung das materielle Recht, die mit Wohlwollen gehandhabte Gerechtigkeit ist. Dann wird auch wohl die praktische Rechtspflege den nicht leichten Aufgaben und Anforderungen zu genügen im Stande sein, welche das Bürgerliche Gesetzbuch an sie stellt.

Posen, im October 1897.

J. Meisner.

Allgemeine Vorbemerkungen.

1. Die Gestaltung des „Rechts der Schuldverhältnisse", des Obligationen-Rechts, im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ist zuvörderst durch die im I. Entwurf unter Abweichung von den bisherigen Rechtssystemen zu Grunde gelegte Auffassung des Vertrags-Begriffs wesentlich beeinflußt worden.

Als Vertrag gilt nach Römischem sowie nach Preußischem und Französischem Rechte die Vereinbarung zweier oder mehrerer Personen zur Begründung oder Aufhebung vermögensrechtlicher Verbindlichkeiten. Im Gegensatz hierzu und auch zu der zu seiner Zeit im gemeinen Recht herrschenden Auffassung stellte Savigny[1]) eine viel weiter gehende Definition auf, indem er ganz allgemein „die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden", als Vertrag bezeichnete. Er meinte hiernach, der Vertrag komme „bei allen Arten der Rechtsinstitute" vor, zunächst bei den Obligationen, vor Allem zur Begründung derselben (vorzugsweise obligatorische Verträge genannt), aber auch zur Auflösung von Obligationen, ferner im Sachenrecht und im Familienrecht; so sei, führt er aus, die Uebergabe (Tradition) „ein wahrer Vertrag", „da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äußere Handlung hinzutreten muß, hebt das Wesen des zu Grund liegenden Vertrags nicht auf"; ebenso entständen die Servituten regelmäßig durch Vertrag, ferner die Emphyteuse, die Superficies, das Pfandrecht; man könne alle diese Fälle als „dingliche Verträge" bezeichnen; andererseits habe auch die Ehe eine Vertrags-Natur, indem die Verlobten bei der Trauung (Eheschließung) „den übereinstimmenden Willen" hätten

---

[1]) System des heutigen Römischen Rechts Bd. 3 S. 307 f.

und erklärten, in der dem Wesen der Ehe entsprechenden Weise „ihr gemeinsames Leben zu führen". Nach dieser Definition ist, wie Savigny selbst bemerkt[1]), Vertrag beinahe als gleichbedeutend mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden überhaupt zu betrachten; es sei aber, meint er, von Wichtigkeit, „daß das Gemeinsame, wodurch die Ehe, die Tradition u. s. w. mit den obligatorischen Verträgen verwandt sind, bestimmt anerkannt und in einzelnen Anwendungen durchgeführt werde", und man dürfe den Vortheil nicht versäumen, den in dieser Hinsicht der Besitz eines so passenden Ausdrucks, wie das Wort „Vertrag" darbiete.

Die Auffassung Savignys wurde in der gemeinrechtlichen Doctrin herrschend und weiter dahin ausgebildet und zugespitzt, daß der die Rechtsübertragung darstellende Akt (Tradition ꝛc.) völlig unabhängig von dem ihm zu Grunde liegenden Vertrage (Kauf, Tausch ꝛc.) zu betrachten und zu behandeln sei.

Der I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat sich dieser gemeinrechtlichen Doctrin angeschlossen. „Ein (anderer) großer Grundsatz, welcher den Entwurf beherrscht, — bemerken in dieser Hinsicht die Motive (Bd. II S. 3) — ist der Grundsatz der Unabhängigkeit des sogenannten dinglichen Vertrages von der obligatorischen causa. Ist ein Rechtsgeschäft selbst in gültiger Weise vollzogen, so ist es gültig und wirksam, auch wenn der Rechtsgrund, aus welchem die Verpflichtung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts (z. B. des Forderungserlasses, der Cession, Tradition, Auflassung) abgeleitet wurde, nicht bestanden hat oder ungültig war oder die Parteien verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben. Die Rückgängigmachung des dinglichen Rechtsgeschäfts kann nur nach Maßgabe der Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 737—748, jetzt 812—822) gefordert werden, also im Wege des persönlichen Anspruchs". „Das Verhältniß des dinglichen Vertrages zu dem obligatorischen Geschäfte ist — wie die Motive ferner (Bd. III S. 9) bemerken — das der Leistung zu dem rechtlichen Motive derselben. Der Vertrag besteht, wenn auch das Motiv ganz wegfällt. Der Verletzte kann die Leistung nur undiciren". — „Die sachenrechtlichen Geschäfte" sind daher nach den Motiven (Bd. III S. 7) „nothwendig abstrakter Natur".

Eigenthümlicher Weise rechnen dabei die Motive (vgl. insbes. Bd. II S. 3) auch obligationenrechtliche Akte, wie den Forderungserlaß und die Cession, zu den „dinglichen Verträgen" und sprechen auch hierbei von „dinglichen Wirkungen"[2]). Diese Auffassung ist um so weniger zutreffend, als

---

[1]) a. a. O. S. 320.

[2]) Diese Auffassung hat auch bereits bei dem schon jetzt hervortretenden, vielfach zu weit gehenden Einfluß der Motive zum I. Entwurfe in der Litteratur über das B. G. B. Annahme gefunden. So bezeichnet z. B. Landé in seiner Ausgabe des B. G. B. Anmrk. 2 zu

das B. G. B. (§ 90) als „Sachen" „nur körperliche Gegenstände", nicht, wie das Preuß. Allg. Landrecht, auch Rechte bezeichnet.

Das „Dogma" des I. Entwurfs und der Motive vom dinglichen Vertrage ist in der Kritik sehr mit Recht von mehreren Seiten lebhaft und eindringlich bekämpft worden. Es geschah dies auch in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs [1]); die Mehrheit dieser Kommission hat hiernach die Auffassung der Motive nicht sanctionirt, es ist vielmehr in den betr. sachenrechtlichen Vorschriften (über die Auflassung, den Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen 2c., vgl. insbes. §§ 873, 929, 1032, 1116) das im I. Entwurf gebrauchte Wort: „Vertrag" durch den Ausdruck: „Einigung" (bezw. „einig" sind) ersetzt worden.

Im „Recht der Schuldverhältnisse" (II. Buch) ist dagegen die Auffassung der Motive beibehalten worden, und es sind demgemäß die obligationenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte, wie Erlaß und Cession (§§ 397, 398), als Verträge aufgefaßt. Nach jetzigem Recht bildet dagegen, was insbesondere die Cession betrifft, letztere die der Uebergabe (Tradition) bei Sachen entsprechende Veräußerungshandlung, wozu die Verpflichtung durch den Cessions-Vertrag (pactum de cedendo) begründet wird.

Auch die im Sachenrecht erfolgte Beseitigung des „dinglichen Vertrages" ist mehr von formeller, die juristische Konstruktion betreffender, als von materieller Bedeutung. Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Erfüllungsgeschäfte von der den Veräußerungsgrund (causa) schaffenden Obligation ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuche mit voller Schärfe aufrecht erhalten. Durch die Anerkennung und strenge Durchführung dieses Grundsatzes haben, wie die Motive (Bd. II S. 3) hervorheben, „die Vorschriften über die Kondiktionen ihre besondere, den gesammten Vermögensverkehr beherrschende und durchziehende Bedeutung erhalten", eine Bedeutung, welche über diejenige weit hinausgeht, welche die Vorschriften über die Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung in den bisherigen Rechtssystemen haben.

Bei der rechtlichen Beurtheilung konkreter Fälle kann jedoch das der Rechtsübertragung (Leistung) zu Grunde liegende Rechtsgeschäft garnicht außer Acht gelassen werden; „abstrakt" für sich lassen sich die Leistungsgeschäfte garnicht betrachten. Allerdings ist bei Anwendung der Grundsätze von ungerechtfertigter Bereicherung zu berücksichtigen, daß eine Bereicherung nur vorliegt, wenn und soweit der Empfänger der Leistung nicht eine Gegenleistung gewährt hat, daß also bei rückgängig gemachten gegenseitigen Verträgen die zurückgeforderte Leistung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Gegenleistung oder

---

§ 397, bezw. Anmrk. 1 zu § 398 S. 107 den Erlaß und die Forderungs-Uebertragung (Cession) als dinglichen Vertrag.

[1]) Vgl. Reatz, die 2. Lesung des Entw. eines B. G. B. Bd. I S. 421 f.

unter deren Anrechnung zurückzuerstatten ist, und daß unter Umständen auch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 des B. G. B. geltend gemacht werden kann. Aber es ist dennoch keineswegs unbedenklich, ob die Anwendung der Vorschriften betreffs ungerechtfertigter Bereicherung, worauf das B. G. B. in den gedachten Fällen verweist, durchweg zu befriedigenden, dem materiellen Recht entsprechenden Ergebnissen wird führen können.

2. Den Gegensatz zwischen Obligationen- und Sachen-Recht, dessen Festhalten freilich systematisch unentbehrlich ist, hat das Bürgerliche Gesetzbuch, wie das Römische Recht, in vollster Schärfe durchgeführt. Durch die Obligation werden nur zwischen dem Gläubiger und Schuldner persönliche Rechtsbeziehungen begründet. Demzufolge hat das im Preußischen Allgemeinen Landrecht (Th. I Tit. 10 § 25, Tit. 19 § 5) anerkannte „Recht zur Sache" (jus ad rem) im Bürgerlichen Gesetzbuche keine Aufnahme gefunden; es steht also dem Erwerbe einer Sache bezw. eines Rechts Seitens eines Dritten die Kenntniß des Umstandes nicht entgegen, daß ein Anderer bereits früher ein obligatorisches Recht auf den Erwerb der Sache bezw. des Rechts erlangt hatte. Allerdings entspricht dies dem Grundsatze, der für den Eigenthumserwerb von Grundstücken bereits im Preußischen Gesetze vom 5. Mai 1872, betreffend den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke ꝛc. (§ 4), zur Geltung gebracht worden ist.

3. Was den Vertragsabschluß betrifft, so hat das B. G. B. (§ 145) in Uebereinstimmung mit dem Preußischen Allg. Landrecht (Th. I Tit. 5 §§ 90 ff.) und mit dem Handelsgesetzbuch (Art. 319), abweichend vom Römischen und gemeinen Recht den Grundsatz anerkannt, daß bereits die Vertragsofferte ein **bindendes** Versprechen darstellt. Es sind aber im B. G. B. nicht, wie im Preußischen A. L. R., bestimmte Fristen für die Vertragsannahme unter Abwesenden festgesetzt; die praktisch sehr wichtige Frage der **Rechtzeitigkeit der Vertragsannahme** ist also im Fall des Streites vom Richter nach seinem Ermessen je nach den Umständen des concreten Falles zu entscheiden.

Andererseits liegt eine praktisch sehr bedeutsame Abweichung des B. G. B. vom Preußischen Recht in der Bestimmung (§ 146), daß der Vertrags-Antrag „**erlischt**", also **jede Wirkung** verliert, wenn er dem Antragenden gegenüber (abgesehen vom Fall der Ablehnung) nicht **rechtzeitig** angenommen ist. Nach Preußischem A. L. R. hört dagegen mit Ablauf der Annahmefrist nur die **Gebundenheit des Antragenden** (Offerenten) auf, so daß er seinen Rücktritt vom Antrage, die Zurücknahme der Offerte nicht noch besonders zu erklären braucht. Nach dem B. G. B. kann dagegen auch der **Annehmende** späterhin geltend machen, er sei an seine Vertragsannahme, weil er sie verspätet erklärt habe, nicht gebunden, ein Vertrag sei also nicht zu Stande gekommen. Nur die Wirkung ist der verspäteten Annahme-Erklärung im B. G. B. (§ 150) beigelegt, daß sie als **neuer Antrag** gilt, über dessen Annahme sich

also der ursprüngliche Antragsteller (der Offerent) zu erklären hat, wenn er den Vertragsabschluß ungeachtet der verspäteten Annahme seiner Offerte wünscht.

Wenn z. B. auf ein Engagements-Gesuch (Offerte) eines Handlungsgehülfen oder Wirthschaftsbeamten ꝛc. der betreffende Kaufmann, bezw. Gutsbesitzer verspätet seine Zustimmung (Annahme) erklärt, so würde der Kaufmann, bezw. Gutsbesitzer späterhin geltend machen können, es sei ein Engagements-Vertrag wegen der verspäteten Erklärung auf das Gesuch nicht zu Stande gekommen; um einen solchen Einwand von vornherein auszuschließen, muß der Offerent (Stellensucher ꝛc.) unverzüglich dem andern Theile gegenüber erklären, daß er die Annahme-Erklärung (wie einen neuen Antrag) desselben seinerseits annehme.

4. In Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht und dem Wesen des Rechts als sittlicher Lebensordnung gemäß erkennt das B. G. B. (vgl. §§ 157, 242) die Rücksicht auf Treue und Glauben als Hauptgrundsatz des rechtlichen Verkehrs an. Im I. und II. Entwurf war dieser Grundsatz aber nur hinsichtlich der Erfüllung der Verträge zur Anwendung gebracht, während die aus Chicane, zum Schaden eines Andern und ohne eigenen Nutzen erfolgende Ausübung eines Rechts, der Rechtsmißbrauch (stillschweigend) zugelassen war. (Vgl. Mot. Bd. I S. 274 f.) Erst der Bundesrath nahm die Bestimmung (§ 887 Abs. 2 der Regier.-Vorlage) auf, daß „eine Ausübung des Eigenthums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen", „unzulässig" sei. Die Reichstagskommission verallgemeinerte dann diese Vorschrift dahin, daß (in § 226) die Ausübung eines Rechtes (überhaupt) für unzulässig erklärt ist, „wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen". Damit ist nun das B. G. B. auf den Standpunkt gestellt, den bereits das Römische Recht sowie das Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 6 § 37, Tit. 8 §§ 27, 28) einnehmen.

5. Die praktisch überaus wichtige, im Römischen, gemeinen und Preußischen Recht anerkannte allgemeine Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) ist in das B. G. B. nicht aufgenommen. Es ist nun aber nach den betreffenden Verhandlungen in der Reichstagskommission und nach der darauf bezüglichen Erörterung im Reichstage und mit Rücksicht auf die von der Reichstags-Kommission beschlossene Einführung des allgemeinen Chicane-Verbots (§ 226) wohl anzunehmen, daß auch nach dem B. G. B. ein allgemeiner Schutz gegen Arglist, wie ihn die erwähnte Einrede gewährt, stattfinden soll. (Vgl. Bemrk. 3 zu § 242 S. 3 ff.)

6. Wie in allen Rechtssystemen, so nehmen auch im Bürgerlichen Gesetzbuche, namentlich im Obligationenrechte, die Vorschriften einen besonders erheblichen Raum ein, welche nicht absolute, zwingende Normen enthalten, sondern Bestimmung treffen zur Ergänzung des fehlenden oder betreffs Auslegung des unklar ausgedrückten Parteiwillens. Während aber das

Preußische Allgem. Landrecht im Interesse der Rechtssicherheit darauf Bedacht genommen hat, für eine thunlichst große Zahl praktisch erheblicher Kategorieen von Fällen feste Entscheidungsnormen zu geben; hat dagegen das Bürgerliche Gesetzbuch eine große Anzahl derartiger Fälle der Entscheidung durch „die Wissenschaft und Praxis" überlassen, d. h. unentschieden gelassen, bezw. das richterliche Ermessen auf Grund der Würdigung der concreten Umstände für maßgebend erklärt. In vielen Fällen werden aber die concreten Umstände für die zu treffende Entscheidung wenig oder gar keinen Anhalt gewähren oder es wird der Zweifel in der Sache selbst liegen, so daß die Entscheidung unbestimmt und unberechenbar wird. Mehr als je wird es daher Sache der Parteien, bezw. der instrumentirenden Beamten (Notare 2c.) sein, bei der Abfassung und Aufnahme von Verträgen auf thunlichst eingehende feste Vereinbarungen Bedacht zu nehmen. — Andererseits hat aber auch das B. G. B. manche ihrer Natur nach der Partei-Bestimmung entzogenen grundsätzlichen Fragen unentschieden gelassen.

7. In den Bestimmungen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (§§ 823 ff.) weicht das Bürgerliche Gesetzbuch nicht unerheblich vom bisherigen Recht ab, indem es namentlich die unerlaubten Handlungen nicht als Verletzung des Rechts im objektiven Sinne, der Rechtsordnung, sondern als Eingriff in die Rechtskreise des Einzelnen betrachtet und demgemäß nur den unmittelbar Geschädigten einen Ersatzanspruch gewährt.

8. Neben dem Obligationen-Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs kommen in weitem Umfange noch die in andern Reichsgesetzen enthaltenen obligationenrechtlichen Bestimmungen in Betracht. (Vgl. Einführ.-Gesetz Art. 32.) Auch sind zu Gunsten der im Uebrigen außer Kraft tretenden Landesgesetze wie überhaupt so auch hinsichtlich des Obligationen-Rechts im Einführungs-Gesetze (vgl. Art. 55 ff.) Vorbehalte von nicht unerheblicher Tragweite gemacht worden.

Recht der Schuldverhältnisse.

Die durch Verträge, unerlaubte Handlungen oder kraft Gesetzes aus andern Gründen sich ergebenden persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Personen, Gläubiger und Schuldner, behandelt das zweite Buch des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Statt des bisher üblichen Ausdrucks „Obligationen-Recht“ ist die Bezeichnung „Recht der Schuldverhältnisse“ gewählt, weil sie für „eine das gesammte obligatorische Verhältniß, Forderungsrecht und entsprechende Verbindlichkeit, möglichst deckende Bezeichnung“ erachtet wurde. (Mot. Bd. II S. 1.)

Der allgemeine Theil des II. Buchs (Absch. 1—6) enthält Vorschriften, welche für alle Schuldverhältnisse oder doch, wie die des 2. Abschnitts, für ein größeres Gebiet der Schuldverhältnisse gelten. Im besondern Theile (7. Absch.) sind (im 1.—22. Titel) die einzelnen Schuldverhältnisse behandelt; darunter auch im Anschluß an den Auftrag (Titel 10) die Geschäftsführung ohne Auftrag (Tit. 11) und im Anschluß an die Gesellschaft (Tit. 14) die Gemeinschaft (Tit. 15). Nach den Vorschriften über die Verpflichtung zur Vorlegung von Sachen (Tit. 23) folgen dann die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung (Tit. 24) und über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen (Tit. 25).

Erster Abschnitt.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Verpflichtung zur Leistung.

§ 241. Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

Zum Wesen der Obligation gehört nach dem B. G. B. (§ 241) nicht ein Vermögens-Interesse auf Seiten des Gläubigers; auch nicht-materielle Verpflichtungen, wie z. B. zu einem Unterlassen oder Dulden, das zum Behagen des Nachbars dient, können Gegenstand von Verträgen sein. Die Zwangsmittel in solchen Fällen (Geldstrafen oder Haft) gewährt die C. P. O. in §§ 774, 775. Die Mot. II S. 3 hielten auch ein „anderes schutzwürdiges Interesse an der Leistung“ nicht für erforderlich; die Komm. für die 2. Lesung des Entw.

vertrat die entgegenstehende Ansicht, sie erachtete aber jedes Interesse für schutzwürdig, das sich innerhalb des vom Gesetze der individuellen Freiheit gewährten Gebiets hält. (Reatz, die 2. Lesung des Entw. des B. G. B. Bd. I S. 103, 104). Die Uebernahme der Verbindlichkeit darf nur nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen.

§ 242. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

1. In wenig oder garnicht entwickelten Rechtssystemen wird für die Beziehungen der Vertragschließenden unter einander gewöhnlich nur das für maßgebend erachtet, was sich aus der Form, den Worten der Willenserklärung, aus der ausdrücklich übernommenen Verbindlichkeit ergiebt. Diese Auffassung galt ursprünglich auch im Röm. Recht, so daß bei streng formalen Rechtsgeschäften (negotia stricti juris) vor Einführung der Arglist-Einrede (exceptio doli) sogar gegen ein arglistiges (doloses) Verhalten durch eine ausdrückliche, einen Schadensersatzanspruch gewährende Stipulation (clausula doli: dolum malum abesse abfuturumque esse) Vorsorge getroffen werden mußte. Die Rücksicht auf Treue und Glauben (bona fides) gelangte aber im Röm. Recht schon auf verhältnißmäßig frühen Entwickelungsstufen desselben zu immer steigender und schließlich das ganze Rechtsgebiet beherrschender Bedeutung. Processualisch vermittelt wurde die Geltung dieses Grundsatzes bei „Vertrauensgeschäften“ (negotia bonae fidei) durch die vom Prätor (in der formula actionis) dem Richter (judex) ertheilte Anweisung, bei seiner Entscheidung alles, was Treue und Glauben erforderte, (quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona) zu berücksichtigen, während bei den streng formalen Geschäften (negotia stricti juris) in die Proceß-Formel (formula actionis) eine Einrede gegen Arglist (exceptio doli: si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat) aufgenommen wurde. — Wie im Römischen Recht so bildet nun auch im gemeinen Recht und in den modernen Gesetzgebungen die Rücksicht auf Treue und Glauben den Hauptgrundsatz des rechtlichen Verkehrs; dies ist insbesondere auch nach dem Preuß. A. L. R. der Fall, desgleichen nach Französischem Recht (code civil art. 1134) und nach dem Sächsischen bürgerl. Gesetzbuch (§ 858).

Das B. G. B. hat sich also in § 242 dem bisherigen Rechtszustande angeschlossen.

2. Der Grundsatz des § 242 bezieht sich aber nur auf die „Art, wie die Leistung zu bewirken ist“ (Denkschrift S. 40), also nur auf die Erfüllung der Verträge. — In Zusammenhang mit § 242 steht die den Vertrags-Inhalt betreffende Bestimmung in § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“; es soll sich diese Bestimmung übrigens nicht nur auf die eigentliche „Auslegung“ des Parteiwillens, sondern auch auf die Ergänzung des fehlenden Parteiwillens bei der richterlichen Entscheidung beziehen [1]). — Andererseits enthielt aber der I. und II. Entw. keine Bestimmung darüber, daß auch der Gläubiger bei der Ausübung der ihm an und für sich zustehenden Rechte nach dem, was Treue und Glauben erfordern, zu verfahren habe. Nach den Motiven (Bd. I S. 274, 275) war vielmehr Anstand genommen, „die aus Chicane, zum Schaden eines Anderen und ohne eigenen Nutzen erfolgende Ausübung eines Rechts für widerrechtlich zu erklären.“ Erst der Bundesrath erklärte (in § 887 Abs. 2 des dem Reichstage vorgelegten Entw.) „eine Ausübung des Eigenthums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen,“ für „unzulässig“. Die R. T. Kommission verallgemeinerte diesen Grundsatz sehr mit Recht, indem sie auf Antrag des Abgeordn. Gröber (Württemberg) die Bestimmung (§ 226) in den Entw.

---

[1]) Vgl. Reatz, die zweite Lesung des Entw. eines B. G. B. Bd. I S. 67 Note 2.

aufnahm: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.[1])

Indem sonach das B. G. B. eine chicanöse Rechtsausübung allgemein, also namentlich auch in Vertragsverhältnissen für unzulässig erklärt, hat es den der Natur des Rechts als sittlicher Lebensordnung entsprechenden im I. und II. Entw. verlassenen Standpunkt wieder eingenommen, auf dem bereits das Römische[2]) und gemeine Recht sowie das Preuß. A. L. R.[3]) stehen.

3. Den Gegensatz zu einem Handeln nach Treue und Glauben bildet ein arglistiges (doloses) Handeln.[4]) Wird ein Anspruch, eine Klage wegen Arglist (actio doli) erhoben, so wird nach bisher. Recht ein vorsätzlich, bezw. bewußt arglistiges Verhalten (dolus ex proposito) vorausgesetzt, dies ist aber nicht der Fall, wenn es sich um eine (processualische) Abwehr, eine Einrede an sich arglistigem Verhalten gegenüber handelt, vielmehr erachtet das Röm. und gem. Recht als Arglist jedes, objektiv betrachtet, gegen Treue und Glauben verstoßende oder den Anforderungen der Billigkeit (aequitas) wiedersprechende Verhalten[5]), und es gewährt zum Schutz hiergegen eine allgemeine, generelle Einrede (exceptio doli generalis). Im Preuß. A. L. R. ist eine solche Einrede zwar nicht ausdrücklich erwähnt, sie ist aber auch hier von der Wissenschaft und Praxis anerkannt, da sie sich aus den durchweg von der Rücksicht auf Treue und Glauben beherrschten Bestimmungen des A. L. R. deutlich ergiebt. Insbesondere gilt der Rechtsgrundsatz, daß derjenige, durch dessen an sich arglistiges Verfahren ein Rechtsakt herbeigeführt oder das Verfahren des andern Theils bestimmt worden ist, aus einem solchen Verfahren keinen Vortheil ziehen darf, bezw. daß jeder seine eigenen Erklärungen, durch welche das wenn auch an sich vertragswidrige Verhalten der andern Partei veranlaßt bezw. beeinflußt worden ist, auch gegen sich gelten lassen muß;[6]) schon die Sache selbst, z. B. das Einklagen des betreffenden Anspruchs, trägt dann die bei objektiver Betrachtung sich ergebende Arglist in sich, res ipsa in se dolum habet.[7])

Das B. G. B. hat eine solche praktisch überaus wichtige allgemeine Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) nicht aufgenommen.[8]). Die Kommission für die 2. Lesung des Entw. lehnte einen auf Anerkennung dieser Einrede gerichteten Antrag ab, indem sie eine

---

[1]) Vgl. Bericht der R. T. Kommission S. 32, 33.

[2]) Vgl. l. 38 D. de R. V. 6, 1, — l. 1 § 12, l. 2 § 9 D. de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

[3]) Th. I Tit. 6 § 37, Tit. 8 §§ 27, 28.

[4]) Vgl. l. 3 § 3 D. pro socio, 17, 2 (Paulus): ... fides bona contraria est fraudi et dolo.

[5]) l. 12 D. de doli mali exc. 44, 4 (Papinian.): Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

[6]) Wenn z. B. ein Vorkaufsberechtigter (Miteigenthümer ꝛc.) unter der Erklärung, von seinem Vorkaufsrechte keinen Gebrauch machen zu wollen, einen andern zum Erwerb der betr. Sache bezw. des Miteigenthums daran veranlaßt, so kann er späterhin sein Vorkaufsrecht gegen diesen Erwerber nicht geltend machen. Vgl. Urth. des vorm. Ob. Trib. v. 3. März 1861, Entsch. Bd. 45 S. 51 ff.

[7]) Vgl. l. 36 D. de V. O. 45, 1 (Ulpian).

[8]) Sehr zutreffend bemerkte in dieser Hinsicht gegenüber dem I. Entw. Bähr (in den Verhandl. des 20. Juristentages Bd. 3, Gutachten S. 299): „Wer nun aber weiß, welche Rolle in unserm Rechtsleben die exceptio doli im Interesse der materiellen Gerechtigkeit spielt, der wird es nicht zu viel gesagt finden, wenn ich diesen Mangel als geradezu verhängnißvoll bezeichne.“

solche Anerkennung theils für gefährlich, theils für nicht erforderlich hielt; denn es werde dadurch, so wurde geltend gemacht, an die Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt, andererseits genüge der — wie erwähnt, nur die Vertrags-Erfüllung, die Leistungsart betreffende — § 359 (jetzt § 242). (Greiff, der Entw. 2c. in 2. Lesung, in Gruchot's Beitr. Bd. 36 S. 672.) Für die Annahme der „Gefährlichkeit" der geb. Einrede hat aber die Praxis des Röm., gem. und Preuß. Rechts keinen Anhalt geboten.

Es ist dem gedachten Mangel gegenüber bemerkt worden, die Einrede müsse „auch ohne positive Anerkennung gleichsam von Gottes Gnaden" gelten.[1]) Allein eine dem Geiste des Gesetzes nicht entsprechende, von ihm abgelehnte Bestimmung, bezw. Einrede, darf doch der Richter nicht (so zu sagen in Korrektur des Gesetzes) zur Geltung bringen. In der R. T. Kommission stellte nun, um die gedachte Einrede damit einzuführen, der Abg. Dr. jur. v. Dziembowski-Pomian zu § 236 (jetzt § 242) den Antrag,[2]) die Bestimmung aufzunehmen: „Der Verpflichtete kann einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen, die nach dem eigenen Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt." — Zu einer Abstimmung über diesen Antrag kam es in der Kommission nicht; es wurde aber seitens der Vertreter der verbündeten Regierungen ausgeführt, daß das Gesetzbuch bereits auf dem vom Antragsteller vertretenen Standpunkte stehe, indem namentlich inzwischen bereits eine Vorschrift gegen rechtliche Chicane (§ 226) von der R. T. Kommission angenommen worden sei. Im Bericht der R. T. Kommission (vgl. S. 32, 33, 34) ist vom gedachten Antrage und von der Erklärung der Reg.-Vertreter nichts erwähnt. Der Abg. v. Dziembowski-Pomian brachte deshalb die Angelegenheit unter Hervorhebung der Erklärung der Reg.-Vertreter auch im Reichstage bei der 2. Berathung des Entw. des B. G. B. in der Sitzung am 20. Juni 1896 (stenogr. Berichte S. 2772 f.) zur Sprache, indem er erklärte, er fühle sich verpflichtet, „diese Frage nochmals zu erörtern und auch eine Feststellung durch den stenographischen Bericht zu provociren," weil nach seinem Dafürhalten „es sich hier um eine Frage von ganz erheblicher Tragweite" handele. Der Berichterstatter der R. T. Kommission erwiderte hierauf, ohne die Erklärungen des geb. Abgeordn. an sich irgendwie zu beanstanden, er würde, wenn derselbe ihm gegenüber bemerkt hätte, daß er eine Aufnahme über diesen Punkt in den Bericht wünschte, dem sehr gern Genüge gethan haben. Ein Widerspruch gegen die Auffassung des geb. Abg. wurde von keiner Seite geäußert, eine Diskussion fand überhaupt nicht weiter darüber statt.

Das Chicane-Verbot des § 226 bildet allerdings, an sich betrachtet, keinen Ersatz für eine Bestimmung über die Einrede der Arglist; denn § 226 setzt den seltenen Fall einer Rechtsausübung voraus, die nur den Zweck der Schadenszufügung haben kann, zu einem arglistigen Verhalten wird dagegen die Partei gewöhnlich durch die Rücksicht auf ihr Interesse bestimmt werden. Wenn z. B. die Fälligkeit eines Darlehns oder einer Kaufgelderforderung oder das Recht auf Exmission des Pächters oder Miethers für den Fall nicht pünktlicher Zahlung der Zinsen bezw. des Pacht- oder Miethsgeldes kontraktlich festgesetzt ist, der Gläubiger aber (ausdrücklich oder stillschweigend) mit unpünktlichen Zahlungen sich einverstanden erklärt bezw. sie nicht beanstandet hat, so kann der Schuldner sich nach jetzigem

---

[1]) Prof. Dr. Eck, in der Samml. von Vorträgen über den Entw. eines B. G. B. Heft I Allg. Theil S. 49.

[2]) Reichstags-Drucksachen, Abänd.-Anträge zum Entw. Nr. 62 und 123. Der Antrag entspricht einem Vorschlage, den der Verfasser dieses Commentars in seinen „kritischen Bemerkungen zur Schlußrevision des Entw. des deutschen B. G. B." (1896) S. 68 gemacht hat.

Recht mit der Einrede der Arglist schützen, wenn er im Vertrauen auf das Verhalten des Gläubigers die Frist für eine weitere Zinsen- oder Pacht- oder Miethsgeld-Zahlung nicht genau einhält und der Gläubiger deshalb Rückzahlung des Kapitals, bezw. Räumung des Grundstücks verlangt; die Berufung auf § 226 des B. G. B. würde dagegen meistentheils erfolglos sein, da der Gläubiger bei seinem Verlangen gewöhnlich ein eigenes Interesse verfolgen wird, er z. B. höhere Miethe oder Pacht erhalten kann rc.

Der § 226 des B. G. B. hat aber neben seiner nicht besonders großen praktischen Tragweite eine erhebliche ideelle Bedeutung; der Geist des Gesetzes ist dadurch geändert, in günstigster Weise beeinflußt worden; es ist damit der Gedanke zur gesetzlichen Anerkennung gelangt, daß jede Rechtsausübung ihre innere durch das ethische Moment im Recht bestimmte Schranke hat, und es kann hiernach in Verbindung mit der erwähnten Erklärung der Reg.-Vertreter, welche im Reichstage widerspruchslos constatirt, also wohl als von ihm stillschweigend genehmigt zu erachten ist, angenommen werden, daß auch nach dem B. G. B. wie nach gem. und Preuß. Recht ein allgemeiner Schutz gegen arglistiges Verhalten (exceptio doli generalis) stattfinden soll.

4. Nicht als Arglist gilt die Berufung einer Partei darauf, daß für den betr. Rechtsakt die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht gewahrt sei. Auch verliert der Berechtigte, dem die Einrede der Arglist mit Erfolg entgegengesetzt wurde, nicht ohne weiteres sein betr. Recht; er kann z. B. in den zu 3 erwähnten Fällen sein Kündigungsrecht wegen nicht pünktlicher Zinsen-Zahlung in Zukunft geltend machen, wenn er den Verpflichteten rechtzeitig vorher davon in Kenntniß setzt, daß er fortan auf genauer Erfüllung der Verbindlichkeit bestehen werde.

§ 243. Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf diese Sache.

1. § 243 Abs. 1 entspricht dem bisher. Recht (vgl. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 275, H. G. B. Art. 335, code civil art. 1246.

Bezieht sich die Gattungsschuld nicht, wie § 243 voraussetzt, auf Sachen, sondern auf Handlungen, so ist die Entscheidung nach den Umständen des einzelnen Falles zu treffen. (Mot. II S. 10 f.)

2. Geschuldet wird in den Fällen des § 243 zunächst eine aus der Gattung (genus) auszuwählende Sache. Ist die Leistung durch Uebergabe der ausgeschiedenen Sache bewirkt, so ist das Schuldverhältniß — vorbehaltlich der Gewährleistungspflicht — durch Erfüllung erloschen. Nach dem I. Entw. § 214 sollte jedoch die Auswahl schon vor der Uebergabe der ausgewählten Sache mit dem Uebergange der Gefahr als vollzogen, das Schuldverhältniß dann auf diese Sache beschränkt (konkretisirt) gelten. Das B. G. B. bestimmt aber einen Uebergang der Gefahr vor der Uebergabe nur für den Fall des Annahmeverzuges (§ 300) und der auf Verlangen des Käufers erfolgten Auslieferung verkaufter Sachen an den Spediteur rc. gemäß § 447. Um nun die gleiche Rechtsfolge auch bei andern entgeltlichen Veräußerungsverträgen und bei einseitigen Verträgen (insbesondere Schenkungsversprechen) eintreten zu lassen, wurde die jetzige Fassung des § 243 Abs. 2 gewählt.[1])

3. Die Gattungsobligation ist von vornherein nur auf eine Leistung gerichtet, während bei der Alternativ-Obligation mehrere Leistungen nebeneinander zur Wahl

---

[1]) Vgl. Reatz I S. 105 Note 2, v. Jecklin, der Entw. rc. in II. Lesung, Gruchot, Beitr. zur Erläut. des Dtsch. Rechts Bd. 36 S. 855.

gestellt sind. Um nun einer Gleichstellung beider Obligationen vorzubeugen, wurde der Ausdruck „auszuwählen“ (der Schuldner hat . . . auszuwählen) und „Auswahl“, den I § 213 enthielt, beseitigt, ohne daß dabei eine sachliche Aenderung beabsichtigt war.[1]) § 243 bezieht sich also, wie betreffs I § 214 die Motive II S. 11 ausdrücklich bemerken, nur auf den regelmäßigen Fall, wenn dem *Schuldner* das Wahlrecht zusteht.

Nicht entschieden ist dagegen im B. G. B. (vgl. Mot. II S. 11 f.) die wohl zu bejahende Frage, ob bei einer Gattungsobligation *ohne Veränderung ihres Charakters* auch dem *Gläubiger* die Auswahl eingeräumt werden kann, ob namentlich der Gläubiger alsdann in der Auswahl ganz unbeschränkt ist, also auch die besten Stücke wählen darf. Letzteres ist *im Zweifel* wohl zu verneinen, also auch dem wahlberechtigten Gläubiger nur die Auswahl von Sachen mittlerer Art und Güte zu gestatten, da wohl auch nach dem B. G. B. wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 268, zweifelhafte nicht anderweit aufzuklärende Vertragsbestimmungen in der dem Verpflichteten am wenigsten lästigen Weise aufzufassen sind.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 38 gewährt bei *Kaufgeschäften* dem *Käufer* im Zweifel die Wahl. Das B. G. B. enthält eine solche Bestimmung nicht.

4. Sind Sachen aus einer bestimmten Menge oder Zahl zu leisten, z. B. 100 Schafe aus einer Heerde, so meinen die Mot. II S. 11, eine solche („gemischt generische“) Obligation sei nach den concreten Umständen entweder als eine alternative oder als eine Gattungsschuld zu betrachten. Solche Obligationen sind aber wohl als eine besondere Schuldart anzusehen.[2])

§ 244. Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist.

Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerthe, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.

1. „Handelt es sich um im *Auslande* zu *erfüllende* Geldschulden, und steht demgemäß der Einfluß der betr. ausländischen Münzgesetzgebung in Frage, so kommen wesentlich Normen des internationalen Privatrechts mit in Frage“. (Mot. II S. 13.) Demgemäß enthält das B. G. B. hierüber keine Bestimmung. —

2. Vgl. Reichsmünzgesetz vom 13. Juli 1873 Art. 14 § 1 hinsichtlich des Zwanges zur Annahme von Reichswährungs-Geld zum Nennwerthe, und betreffs der Zahlung mit Papiergeld und Banknoten die R. G. vom 16. Juni 1870 und 30. April 1874, Art. 3 des geb. R. Münzgesetzes und das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875.

§ 245. Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre.

Die Geldschuld an sich bleibt ungeändert bestehen; nur die Nebenbestimmung der Zahlung in einer bestimmten Münzsorte ist hinfällig geworden. Statt dieser Münzsorte ist der Werth zu leisten, den sie nach dem geltenden Währungssystem darstellt oder, wenn die Währung inzwischen geändert ist, zu der Zeit hatte, als ihr Umlauf aufhörte, weil sie, was der regelmäßige Grund sein wird, außer Kurs gesetzt oder verrufen wurde.

---

[1]) Vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 354 f.

[2]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. I § 28.

§ 246. Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind vier vom Hundert für das Jahr zu entrichten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

In der Reg.-Vorlage waren fünf Procent als Höhe der gesetzlichen Zinsen vorgeschlagen. In der R. T. Komm. wurde die Herabsetzung auf 4 Procent mit Rücksicht auf den jetzigen gesunkenen Zinsfuß beschlossen und ferner die Bestimmung auch auf die nach „Rechtsgeschäft" zu entrichtenden Zinsen ausgedehnt, wenn die Parteien die Höhe der vereinbarten Zinsen nicht festgesetzt haben. R. T. Komm.-Bericht S. 34, 35. — Vgl. betr. der Verzugszinsen § 288.

§ 247. Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Vorschriften gelten nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

1. Die zum Schutz gegen wucherische Ausbeutung gegebene Bestimmung des Abs. 1 ist aus § 2 des Norddeutschen Bundesgesetzes vom 14. November 1867 in den II. Entw. übernommen und sonach auf das ganze Deutsche Reich ausgedehnt worden.

2. Der dem § 247 entsprechende § 241 der Reg.-Vorlage bestimmte in Absatz 1: „Die Höhe der Zinsen unterliegt der freien Vereinbarung, soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften über den Wucher entgegenstehen." Von der R. T. Komm. ist dieser Absatz gestrichen worden, da nach dem von der Komm. zusätzlich beschlossenen Abs. 2 des § 138 wucherische Geschäfte für nichtig erklärt sind.

§ 248. Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig.

Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen.

1. Das gemeinrechtliche Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, (Anatocismus) ist durch das B. G. B. beseitigt. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 819 und nach dem Sächs. B. G. B. § 680 können von einem mindestens für 2 Jahre rückständigen Zinsenbetrage wie von einem neuen Kapital Zinsen ausbedungen werden. Das B. G. B. unterwirft die Vereinbarung der Verzinsung rückständiger Zinsen keiner weiteren Beschränkung, als daß sie nicht im voraus getroffen werden darf. Die in § 248 Abs. 2 statuirte Ausnahme für Sparkassen und für das Depositengeschäft der Kreditanstalten und Bankiers erweitert die für den Kontokurrent-Verkehr der Kaufleute unter einander gegebene Vorschrift des Art. 291 Abs. 1 des H. G. B. — Die fernere Ausnahme zu Gunsten von Pfandbrief-Instituten, Hypothekenbanken ꝛc. beruht auf der Erwägung, daß Creditanstalten dieser Art, welche die von ihnen ausgegebenen Zinsscheine pünktlich einlösen müssen, ein besonders hohes Interesse am pünktlichen Eingange der ihnen geschuldeten Darlehns-Zinsen haben.[1]) Die Reg.-Vorl. wollte hier

[1]) Vgl. Denkschr. S. 43f.

aber nur das Vorausbedingen einer Verzinsung „bis zu 6 vom Hundert für das Jahr" gestatten, diese Beschränkung wurde jedoch von der R. T. Kommission mit Rücksicht darauf gestrichen, daß das B. G. B. eine Zinstaxe überhaupt nicht aufgestellt hat.

§ 249. Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

1. In Ergänzung der vielfachen eine Schadensersatzpflicht festsetzenden Vorschriften bestimmen die §§ 249—251 die Art der Ersatzleistung im Allgemeinen. Die Bestimmungen beziehen sich sowohl auf die Fälle der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit als auch auf die Fälle einer Ersatzpflicht aus andern Gründen.

2. Die Regel bildet, wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 § 79 und nach dem Sächs. B. G. B. § 687, die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes in Natur (§ 249 Satz 1).

Eine Ausnahme hiervon, die Wahl zwischen Restitution und Geldentschädigung statuirt § 249 Satz 2 auf Grund der Erwägung, daß bei Verletzungen einer Person oder bei Sachbeschädigungen dem Verletzten nicht wohl zugemuthet werden kann, zum Zweck der Herstellung eine in ihrem Erfolge oft zweifelhafte Einwirkung auf seine Person oder auf die Sache dem Ersatzpflichtigen ohne weiteres zu gestatten, und daß, was Sachbeschädigungen betrifft, die Anschaffung einer neuen Sache dem Interesse des Geschädigten unter Umständen mehr entspricht, als die Herstellung der beschädigten Sache. (Denkschr. S. 44.)

§ 250. Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen.

Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß der Gläubiger füglich nicht gezwungen werden darf, auf unbestimmte Zeit zu warten, ob die Herstellung seitens des Ersatzpflichtigen erfolgt. (Denkschr. S. 44.)

§ 251. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich ist.

Der Gläubiger kann der Regel nach Wiederherstellung gerade desselben Zustandes verlangen, der vor der Beschädigung bestand. Es wurde hiernach in der Komm. f. d. II. Lesung des Entw. angenommen, der Gläubiger könne nicht gezwungen werden, als Ersatz für die Beschädigung einer vertretbaren Sache eine andere Sache derselben Art anzunehmen, und von den Umständen des Falles hänge es ab, ob durch Ausbesserung einer beschädigten Sache der frühere Zustand wieder hergestellt werden könne. (Reatz I S. 108, 109 Note 7.) Letzteres wird allerdings häufig nicht der Fall sein; eine beschädigte und reparirte Sache wird vielfach nicht mehr den Werth haben, den sie vor der Beschädigung besaß. Was dagegen die Beschädigung vertretbarer Sachen betrifft, so wird vielfach die Gewährung

anderer Sachen derselben Art, insbesondere bei fabrikmäßig hergestellten Gegenständen den betr. wirthschaftlichen Schaden ausgleichen, also genügenden Schadensersatz darbieten. Das Gesetz steht jedoch auf einem andern Standpunkt. Es soll gerade der frühere Zustand, wie er vor der Beschädigung bestand, wieder hergestellt werden, und das ist nicht der Fall, wenn eine andere Sache statt der beschädigten, wiewohl von derselben Art gewährt wird. Die oben erwähnte Ansicht der Kommission f. d. II. Lesung des Entw. ist also auch betreffs des Schadensersatzes für beschädigte vertretbare Sachen als die dem Gesetz entsprechende zu betrachten.

§ 252. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

1. Die Schadensersatzpflicht umfaßt den gesammten Vermögensschaden, das ganze Interesse, sowohl die erlittene positive Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn. Das B. G. B. hat dies Princip ganz allgemein aufgestellt, ohne dabei — wie das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 285 f., Tit. 6 §§ 10—16, 85—88, Tit. 16 § 17 — zwischen den verschiedenen Graden des Verschuldens (Vorsatz, bezw. grobe oder geringe Fahrlässigkeit) hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht — abgesehen von der Vorschrift des § 254 — zu unterscheiden. „Auch für die nicht vorauszusehenden Folgen seines Verhaltens hat der Ersatzpflichtige zu haften", (Denkschr. S. 44.) selbst wenn es sich nur um eine Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit handelt (vgl. dagegen Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 § 4, code civil art. 1150, 1151). Als Beispiel hierfür wurde in der R. T. Komm. (Bericht S. 36) angeführt, wenn ein Kommissionär den Verkauf von Bergwerkspapieren fahrlässig versäumte, kurz nach Schluß der Börse aber das Bergwerk „ersoffen" sei, so habe er auch für diesen unwahrscheinlichen Schaden zu haften. Ob die Handlung unmittelbar oder mittelbar den Schaden bewirkt hat, das begründet demgemäß nach dem B. G. B. nicht — wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 362, 363, Tit. 6 §§ 2, 3, 15, 18, 19, Tit. 16 § 17 — einen Unterschied hinsichtlich des Eintritts und Umfangs der Haftpflicht. (Mot. II S. 18.)

2. Nicht entschieden ist im B. G. B. die Frage, ob und in wieweit der durch das beschädigende Ereigniß entstehende Nachtheil und andererseits Vortheil gegen einander aufzurechnen sind (compensatio lucri et damni). Vorauszusetzen ist hierbei, daß der Vortheil lediglich mit dem beschädigenden Ereigniß in ursächlichem Zusammenhang steht, nicht zugleich durch eine von jenem Ereigniß unabhängige, selbstständige Ursache herbeigeführt worden ist. Hiernach ist z. B. eine Wittwenpension, welche auf Grund eines Versicherungsvertrages zu entrichten ist, auf die Entschädigung, welche der Wittwe eines in Folge eines Eisenbahnunfalls Getödteten nach dem Haftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871 zusteht, nicht anzunehmen, sofern nicht die Voraussetzung des § 4 dieses Gesetzes zutrifft. (Vgl. Urth. des R. G. vom 11. Juli 1883, Entsch. Bd. 10 S. 50 f.) Dagegen ist das Wittwen- und Waisengeld, welches lediglich auf Grund gesetzlicher Fürsorge, insbes. nach d. Preuß. Gesetze vom 26. April 1881 zu zahlen ist, oder die gesetzliche Pension eines Beamten auf die Entschädigung nicht anzurechnen, welche dem Beamten wegen einer beim Eisenbahnbetriebe erlittenen Körperverletzung, bezw. im Falle seiner Tödtung seiner Wittwe und seinen Kindern nach dem cit. Ges. v. 7. Juni 1871 zusteht. Vgl. Urth. des R. G. v. 19. Januar und 14. December 1886, Entsch. Bd. 15 S. 114, Bd. 17 S. 45 f.

3. Zum Ersatz des vollen Interesses gehört auch der Ersatz der Nutzungen, welche der Beschädigte aus einem entzogenen Gegenstande hätte gewinnen können. Nutzungen, welche

der Schadensersatzpflichtige aus dem Gegenstande erzielt hat, sind nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu erstatten (§§ 812 f., 852.)

§ 253. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

1. Bei einem nicht vermögensrechtlichen Schaden kann — anders als nach Franz. Recht — nicht Geldentschädigung, sondern nur, soweit dies in den betr. Fällen praktisch werden kann, Wiederherstellung des frühern Zustandes verlangt werden. Kommen hierbei vertragsmäßige Verpflichtungen in Frage, so kann der Gläubiger sein Interesse an der Erfüllung durch Ausbedingen einer Vertragsstrafe (Conventionalstrafe) sichern.

2. Die reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Buße sind unberührt geblieben. Vgl. auch §§ 847, 1300.

§ 254. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

1. Für den Fall, daß mit dem Verschulden des Beschädigers ein Verschulden des Beschädigten concurrirt, macht das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 18—21 die Haftpflicht bezw. deren Umfang vom Grade der beiderseitigen Verschuldungen abhängig. Bei Schadenszufügungen aus Vorsatz oder grobem Versehen haftet darnach der Beschädiger für den unmittelbaren Schaden jedenfalls, auch bei miteintretender Verschuldung des Beschädigten, für den mittelbaren Schaden und den entgangenen Gewinn dagegen nicht bei concurrirendem grobem Versehen des Beschädigten; liegt nur mäßiges oder geringes Versehen des Beschädigers vor, so kann der Beschädigte bei concurrirendem eigenem grobem Versehen keinen Ersatz fordern, während er Ersatz des mittelbaren Schadens und entgangenen Gewinnes in diesem Falle schon dann nicht verlangen kann, wenn er den Nachtheil schon „durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit" vermeiden konnte. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 688 kann der Beschädigte Ersatz des Schadens, der von ihm „durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen aufmerksamen Hausvaters hätte abgewendet werden können" — abgesehen vom Vorliegen „absichtlicher Verschuldung eines Anderen" — nicht verlangen. Dieser Grundsatz gilt auch — wenigstens nach einer vielfach vertretenen Ansicht — im gemeinen Recht.

Das B. G. B. hat dagegen — ähnlich wie das Franz. Recht — für den Fall concurrirenden Verschuldens des Beschädigers und des Beschädigten es lediglich dem freien richterlichen Ermessen überlassen, ob und in welchem Umfange Schadensersatz zugebilligt werden soll. Die Vorschrift (§ 254) gilt „grundsätzlich auch für die Fälle vorsätzlicher Beschädigung". (Mot. II S. 24). Vgl. auch § 846. „Verschulden" umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit.

2. Die Ausdehnung des Abs. 2 des § 254 auf den Fall, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die ihm unbekannte und von ihm nicht vorherzusehende Gefahr

eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, beruht auf einem (in II. Lesung einstimmig gefaßten) Beschlusse der R. T. Kommission. Es wurde dabei zugleich die in I. Lesung angenommene Bestimmung (§ 246a) gestrichen, wonach die Ersatzpflicht außer bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Ersatzpflichtigen sich nicht auf einen unwahrscheinlichen Schaden erstrecken sollte. Zur Begründung des betr. Antrages wurde vom Antragsteller ausgeführt, wenn beide Parteien, Gläubiger und Schuldner die Entstehung des Schadens nicht voraussehen konnten, so müsse jedenfalls der Schuldner, da er den Schaden durch seine Fahrlässigkeit verursacht habe, ersatzpflichtig sein; anders liege die Sache aber, wenn der Gläubiger die Gefahr eines ungewöhnlich großen Schadens voraussah oder voraussehen mußte; „wer sich, wurde dabei beispielsweise angeführt, eine Droschke bestelle in Fällen, wo durch eine Verzögerung ein außerordentlich hoher Schaden veranlaßt werde, sei nach Treue und Glauben verpflichtet, dem anderen Theile davon Mittheilung zu machen, und das Gleiche gelte, wo bei Verzögerung einer Geldzahlung ungewöhnlich hoher Schaden drohe". (Komm.-Ber. S. 36.)

3. Bezüglich der Haftung des Vertretenen für Schaden in Folge Verschuldens seiner Vertreter ꝛc. vgl. § 278.

§ 255. Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigenthums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen.

1. Die Geltendmachung des Schadensersatz-Anspruchs gegen den Beschädiger wird der Regel nach dadurch nicht gehindert, daß dem Beschädigten noch Ansprüche gegen Dritte zur Beseitigung des Schadens zustehen; die Ersatzpflicht des Beschädigers ist wie bisher nicht eine subsidiäre. Der Beschädigte darf aber seine Ansprüche gegen Dritte nicht behalten, wenn und soweit er vom Beschädiger Ersatz erlangt, da er sonst unter Umständen zu viel erhielte.

2. Nach dem I. Entw. § 223 sollten demgemäß auf den Ersatzpflichtigen mit der Ersatzleistung die Ansprüche des Beschädigten gegen Dritte von Rechtswegen ohne Abtretung übergehen. Es erschien dann aber mit Recht zweckmäßiger, eine besondere Abtretung dieser Ansprüche vorzuschreiben, bezw. dem Ersatzpflichtigen ein Recht auf diese Abtretung zu gewähren, da dadurch die betr. Rechtsverhältnisse insbesondere auch Dritten gegenüber klarer und bestimmter festgestellt werden. (Vgl. Reatz I S. 110.)

3. Die Vorschrift des § 255 bezieht sich insbesondere auch auf den Fall, wenn für eine verliehene und dem Entleiher abhanden gekommene Sache dem Verleiher Ersatz geleistet ist und die Sache nachher wieder aufgefunden wird. (Mot. II S. 26.) Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 § 254.

§ 256. Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Werthes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten.

Die Bestimmung ist von der R. T. Kommission neu hinzugefügt worden. (Vgl. Komm.-Ber. S. 36.) Die Verzinsung gehört zur Vollständigkeit des betr. Ersatzes.

§ 257. Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Die Sicherheit ist gemäß § 232 f. zu leisten durch Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren oder durch Pfand- oder Hypothek-Bestellung; „kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig". (§ 232 Abs. 2.)

§ 258. Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Erlangt der Andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten; er kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird.

Ein soches Recht zur Wegnahme von Einrichtungen (jus tollendi) steht insbes. zu dem Wiederverkäufer (§ 500), dem Miether (§ 547), dem Entleiher (§ 601), dem Nießbraucher (§ 1049), dem Pfandgläubiger (§ 1216), dem Vorerben (§ 2125). Vgl. auch § 2172 Abs. 2.

§ 259. Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzutheilen und, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht.

1. Zur Rechenschaftsablegung sind insbes. verpflichtet: der Beauftragte (§ 666), der Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 681), der geschäftsführende Gesellschafter (§ 713), der Pfandgläubiger, sofern er die Nutzungen des Pfandes zu ziehen berechtigt ist (§ 1214), der Ehemann über das eingebrachte Gut der Frau nach Beendigung seiner Verwaltung und Nutznießung (§ 1428) und nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1546), der Vater, bezw. die Mutter (vgl. § 1686) über die Verwaltung des Kinder-Vermögens in den Fällen der §§ 1667 und 1681, der Vormund (§§ 1840, 1841, 1890), der Pfleger (§ 1915), die Erben bei angeordneter Nachlaßverwaltung oder im Nachlaßkonkurs (§ 1978), Hausgenossen des Erblassers gemäß § 2028, der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge (§ 2130) und Testamentsvollstrecker (§ 2218).

2. Wird mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Leistung des Offenbarungseides die Klage auf Herausgabe dessen

verbunden, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so soll nach dem für die C. P. O. vorgeschlagenen § 230 a die bestimmte Angabe der beanspruchten Leistungen vorbehalten bleiben, bis die Rechnung mitgetheilt, das Vermögensverzeichniß vorgelegt oder der Offenbarungseid geleistet ist. — Gegen den auf Grund der Vorschriften des bürgerl. Rechts zur Leistung eines Offenbarungseides Verurtheilten, der im Termine zur Eidesleistung nicht erscheint oder sie verweigert, soll nach dem ferner zur C. P. O. vorgeschlagenen § 774 a nach § 774 der C. P. O. verfahren werden, d. h. es ist auf Antrag vom Proceßgericht I. Instanz zu erkennen, daß er durch Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft zur Eidesleistung anzuhalten sei.

3. Die Vorschriften der C. P. O. über den processualen Offenbarungs-Eid werden durch §§ 259—261 nicht berührt.

§ 260. Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß das Verzeichniß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

Die Vorschrift des § 259 Abs. 3 findet Anwendung.

Die im § 260 statuirte Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides entspricht der Vorschrift der Preuß. Allg. Ger.-Ordn. Th. I Tit. 22 § 28. Der Eid kann aber ebenso wie in den Fällen des § 259 nicht *ohne weiteres* verlangt werden, es muß vielmehr der die Eidesleistung Verlangende *Umstände nachweisen*, welche das vorgelegte Verzeichniß als nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt erscheinen lassen. — Das Gesetz (§ 268) „hat hierbei nicht bloß eine sogen. Sachgemeinschaft, welche unter gemeinsamem Namen zusammengefaßt zu werden pflegt (Heerde, Bibliothek, Gutsinventar), im Auge, sondern *jede Mehrheit von Gegenständen*, bei welcher der Berechtigte nach der Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses nicht in der Lage ist, die einzelnen Gegenstände zu bezeichnen". (Denkschr. S. 46.)

§ 261. Der Offenbarungseid ist, sofern er nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten ist, vor dem Amtsgerichte des Ortes zu leisten, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Vorlegung des Verzeichnisses zu erfüllen ist. Hat der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt im Inlande, so kann er den Eid vor dem Amtsgerichte des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts leisten.

Das Gericht kann eine den Umständen entsprechende Aenderung der Eidesnorm beschließen.

Die Kosten der Abnahme des Eides hat derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt.

Bezüglich des Erfüllungsorts vergl. § 269. Für den Fall, daß der Eid auf Grund vorgängiger Verurtheilung des Verpflichteten zu leisten ist, erschien das Prozeßgericht (erster Instanz) vermöge seiner Vertrautheit mit dem Sachverhalt zur Abnahme des Eides am geeignetsten. (Denkschr. S. 46.)

§ 262. Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.

1. Bei der in § 262 gedachten sogen. „Alternativ-Obligationen" ist nicht, wie bei der Gattungs-Schuld (§ 243) das Schuldverhältniß nur auf eine (auszuwählende) Leistung gerichtet, sondern es werden von vornherein „mehrere Leistungen" „geschuldet", sie sind sämmtlich bis zur erfolgten Auswahl in obligatione. „Im Zweifel", d. h. sofern nicht Gesetz oder Willenserklärung etwas anderes bestimmen, steht das Wahlrecht dem Schuldner zu; es ist auch nicht, wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 38, für den Kaufvertrag eine Ausnahme — Wahlrecht des Käufers — festgesetzt.

2. Das Wahlrecht kann nicht nur den unmittelbaren Gegenstand der Leistung betreffen, sondern auch den Inhalt der Leistung überhaupt, Modalitäten derselben, z. B. Zeit oder Ort der Leistung (Mot. II S. 6), wenn z. B. verkauftes Getreide je nach der Bestimmung der einen Partei an einen oder den andern von mehreren verschiedenen Orten zu liefern ist.

3. Verschieden von der Alternativ-Obligation ist der Fall, wenn der Schuldner nur zu einer Leistung verpflichtet ist, sich aber hiervon durch eine andere bestimmte Leistung befreien kann, wie z. B. der Erbe bei der Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten in den Fällen der §§ 1973 Abs. 2, 1992 die Herausgabe von Nachlaßgegenständen durch Zahlung ihres Werths abwenden kann. (Vgl. auch § 2329 Abs. 2.) Bezüglich des Wahlvermächtnisses vgl. § 2154.

4. Als Qualität des Schuldverhältnisses geht das Wahlrecht auch auf die Rechtsnachfolger über, insbesondere auch das Wahlrecht des Schuldners im Fall der (auf Vertrag mit dem Gläubiger beruhenden) Schuldübernahme seitens eines Dritten (§§ 414 f.). Befriedigt ein Dritter auf Grund einer nur dem Schuldner gegenüber hierzu übernommenen Verpflichtung den Gläubiger, so kann er statt des Schuldners die diesem zustehende Wahl ausüben, also die ihm passend scheinende Leistung wählen (was, wie die Mot. II S. 7 meinen, nicht bestimmt zu werden brauchte). Vor der Befriedigung des Gläubigers kann aber der Dritte im gedachten Falle wohl nicht das Wahlrecht des Schuldners mit bindender Wirkung insbesondere auch dem Schuldner gegenüber ausüben (Mot. II S. 7).

§ 263. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile.

Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete.

1. Die Ausübung der Wahl ist an keine Form gebunden; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Der I. Entwurf § 208 Abs. 2 bestimmte demgemäß noch ausdrücklich, daß die Wahl auch als vollzogen gelten solle, wenn der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen, wenn auch nur theilweise, bewirkt oder der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen, wenn auch nur theilweise angenommen hat. Die Bestimmung wurde aber im II. Entw. gestrichen, weil sie überflüssig sei, indem dadurch nur ein besonderer Fall stillschweigender Wahlerklärung hervorgehoben sein solle, und weil sie auch bedenklich sei, indem die Fassung: „Die Wahl gilt als vollzogen" auf eine die Kenntniß des Wahlberechtigten von seinem Wahlrecht ignorirende Fiktion hinweise (Reatz I S. 111). Eine Ausübung der Wahl stellt insbes. auch das Einklagen der einen Leistung dar.

Die Bestimmung des Abs. 2 des § 263 beruht darauf, daß die alternative Obligation von vornherein (im Gegensatz zur Gattungsschuld) auf die bezügl. mehreren Leistungen sich erstreckt. Es kann dies für die Haftung des Schuldners von Bedeutung sein.

2. Die erklärte Wahl ist unwiderruflich, vorausgesetzt daß der Erklärende von seinem Wahlrecht Kenntniß hatte, „ohne dies wäre eine Wahl nicht vollzogen" (Mot. II S. 7). Ob, wenn eine Leistung, ohne Kenntniß des Wahlrechts oder des alternativen Charakters der Obligation erfolgte, das Geleistete zurückgefordert und ein anderer alternativ geschuldeter Gegenstand verlangt werden kann, ist nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 f.) zu entscheiden. (Mot. a. a. O.)

3. Nicht entschieden ist im B. G. B. die Frage, in welcher Weise das Wahlrecht vom wahlberechtigten Gläubiger oder Schuldner den Erben des andern Theiles gegenüber auszuüben ist, und welchen Einfluß die zunächst nur gegen einen der Erben ausgeübte Wahl hat.

Als Regel ist wohl anzunehmen, daß die Wahl gegenüber sämmtlichen Erben zu erklären ist. Die erfolgte Wahl kann aber nachträglich genehmigt werden. (§§ 184, 185). Wenn also der wahlberechtigte Gläubiger die eine der Leistungen von einem der Erben des Schuldners annimmt oder der wahlberechtigte Schuldner die eine der Leistungen an einen der Erben des Gläubigers bewirkt, so können die übrigen Erben des Schuldners bezw. des Gläubigers sich auf die in der Annahme bezw. Bewirkung der Leistung liegende Wahl berufen.

Stehen auf der wahlberechtigten Seite mehrere Personen und können sie sich über die Ausübung der Wahl nicht einigen, so sind die Bestimmungen über das Verhältniß der Theilhaber an Gemeinschaften (§§ 741 f.), der Miterben (§ 2032 f.) ꝛc. untereinander maßgebend.

§ 264. Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, so lange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Theil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.

Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.

1. Durch Verzug des Wahlberechtigten verliert er sein Wahlrecht, wie nach bisherigem Recht, nicht ohne weiteres zu Gunsten des andern Theiles. Abweichend vom gemeinen Recht wird aber nach § 264 auch das Wahlrecht des Schuldners nicht dadurch ausgeschlossen, daß er es nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Zwangsvollstreckung kommen läßt.[1]) Wenn also z. B. der Beklagte verkaufte Waaren nach seiner Wahl an einen von mehreren Orten zu liefern hat und er dem ihn hierzu verurtheilenden rechtskräftigen, bezw. vollstreckbaren Urtheile nicht Folge leistet, so kann der Gläubiger zwar im Zwangs-

---

[1]) Die Bestimmung des § 264 beruht auf der Erwägung: „Eine Verpflichtung des Wahlberechtigten, die Wahl vorzunehmen, besteht nicht." (Mot. II S. 8.) Diese Ansicht ist nicht für zutreffend zu erachten; mit Recht bemerkt vielmehr das R. G. (Urth. vom 21. October 1884, Entsch. Bd. 12 S. 187): „Der Schuldner ist bei einer alternativen Verbindlichkeit nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet zu wählen; denn es ist nicht unbestimmt, ob überhaupt von ihm etwas geleistet werden soll, sondern nur, was geleistet werden soll, und das letztere soll durch den Schuldner bestimmt werden."

vollstreckungsverfahren die Lieferung an einen von ihm unter den betr. Orten ausgewählten Orte verlangen, der Beklagte kann aber dennoch gemäß § 264 Abs. 1 die Lieferung an einen andern der zur Auswahl bestimmten Orte bewirken; es bleibt also in solchen und ähnlichen Fällen noch selbst nach dem rechtskräftigen Urtheil eine gewisse Unbestimmtheit hinsichtlich des Objekts bezw. der Modalität der Leistung bestehen.

2. Die Aufforderung und Fristsetzung zu der seitens des wahlberechtigten Gläubigers vorzunehmenden Wahl (§ 264 Abs. 2) gehen direkt vom Schuldner aus, ohne Mitwirkung des Gerichts. Ob aber die gestellte Frist eine angemessene war, bleibt im Falle des Streites unsicher und ist darüber eventuell vom Proceßrichter nach seinem Ermessen zu entscheiden.

§ 265. Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Theil zu vertreten hat.

1. Wie nach Röm.[1]) und gem. Recht so wird auch nach dem B. G. B. das Schuldverhältniß auf die noch übrigen Leistungen oder die einzige noch übrige Leistung beschränkt („concentrirt"), wenn eine oder einige der alternativ geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich sind oder durch Zufall oder Verschulden des wahlberechtigten Theils unmöglich werden; das Wahlrecht kommt hier also unter Umständen ganz in Fortfall. Da aber hierdurch die Lage des wahlberechtigten Theils ungünstiger wird, so ist die gedachte Beschränkung des Schuldverhältnisses mit Recht für den Fall ausgeschlossen, wenn ein vom nicht wahlberechtigten Theil zu vertretender Umstand die betr. Leistungen theilweise unmöglich macht. (Vgl. Reatz I S. 112 Note 12.)

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit 11 §§ 33—37 enthält dagegen für Kaufverträge, die wohl als Anwendung eines allgemein gewollten Grundsatzes anzusehende Bestimmung, daß, wenn durch Zufall oder Zuthun des Käufers oder Verkäufers die eine oder andere der zur Auswahl verkauften Sachen nicht gewährt werden kann, der Wahlberechtigte an den Vertrag nicht mehr gebunden, aber doch berechtigt ist, beim Vertrage stehen zu bleiben.

2. Die Bestimmung des § 265 ist aber nur dispositiver Natur; abweichende Vereinbarungen sind nicht ausgeschlossen.

3. Sind sämmtliche Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist der Vertrag nichtig (§ 306); werden sämmtliche Leistungen später ohne Schuld des Schuldners unmöglich, so wird er liberirt (§§ 275, 323 Abs. 1). „Die Folgen eines Verschuldens des Gläubigers oder des Schuldners, durch welches die Unmöglichkeit einer Leistung herbeigeführt wird, bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften über das Verschulden". Der dies ausdrücklich besagende § 211 Abs. 2 des I. Entw. ist im II. Entw. als selbstverständlich gestrichen worden (Reatz I S. 112).

§ 266. Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt.

1. Die Vorschrift stimmt mit dem bisher. Recht überein (Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 57, Sächs. B. G. B. §§ 695, 747, code civil art. 1220, 1244). Die Theilleistung kann jedoch je nach der Natur und dem Inhalte des concreten Schuldverhältnisses obligationsgemäß sein; soweit aber der Gläubiger Erfüllung zur Zeit fordern kann, braucht er eine Theilleistung nicht anzunehmen. „Mit der Hauptschuld müssen" hiernach, wie das Sächs. B. G. B. § 747 noch ausdrücklich bestimmt, „die davon zu gewährenden Zinsen und bei etwa

---

[1]) l. 16 pr. D. de V. O. 45, 1,— l. 72 § 4 D. de solut. 46,3.

eingetretenem Verzuge des Verpflichteten der damit verbundene Schadensersatz angeboten worden sein". (Vgl. § 367.) Demgemäß kann auch die Annahme eines Obligationskapitals abgelehnt werden, wenn dem Inhaber des Werthpapiers die Bezahlung der dazu gehörigen in seinem Besitze mit befindlichen fälligen Zinscoupons verweigert wird; der Umstand, daß die Zinscoupons unabhängig von der Hauptobligation circuliren können, ist hierbei nicht von Erheblichkeit. (Vgl. Urth. des R. O. H. G. vom 3. Januar 1879, Entsch. Bd. 25 S. 256 f.)

2. Unberührt geblieben ist die Bestimmung des Art. 38 der Wechsel-Ordn., wonach der Wechsel-Inhaber eine ihm angebotene Theilzahlung nicht zurückweisen darf. Auch kann eine die Forderung des Gläubigers nur theilweise deckende Gegenforderung zur Aufrechnung (Compensation) verwendet werden. (§ 389.)

§ 267. Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.

Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.

1. Der Schuldner hat nur dann in Person zu leisten, wenn es dabei auf seine Persönlichkeit ankommt. Der dies noch ausdrücklich besagende § 226 des I. Entw. wurde als nach § 267 (II § 227) und § 276 (II § 233) selbstverständlich im II. Entw. gestrichen. (Reatz I S. 113.) Ob der Schuldner in Person zu leisten hat, ist, von besonderer Verabredung abgesehen, nach der Natur des einzelnen Schuldverhältnisses zu entscheiden. Nur bei einigen wenigen Verträgen, nämlich beim Dienstvertrag (§ 613), beim Auftrag (§ 664) und beim Verwahrungs-Vertrag (§ 691) sowie betreffs der Thätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters (§ 713) und des Testamentsvollstreckers (§ 2218), ist mit Rücksicht auf das hierbei besonders in Betracht kommende Vertrauensverhältniß „im Zweifel" (also als Auslegungsregel) bestimmt, daß der Verpflichtete persönlich zu leisten hat.

2. Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann jeder unbetheiligte Dritte an Stelle des Schuldners die Leistung bewirken, also sie auch rechtswirksam dem Gläubiger anbieten, so daß dieser, wenn er die Leistung nicht annimmt, in (Annahme-) Verzug kommt (§ 293). Aber wider den Willen des Gläubigers und des Schuldners kann ersterem die Leistung nicht aufgedrängt werden. Es entspricht dies im Wesentlichen dem bisherigen Rechtszustande. (Vgl. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 43, 49, 51, Sächs. B. G. B. § 690, code civil art. 1236.)

§ 268. Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.

1. Im Fall des (vom Bundesrath hinzugefügten) § 268 kann der Schuldner nicht, wie nach § 267, der Leistung durch den Dritten widersprechen.

2. Die rechtlichen Wirkungen der kraft Gesetzes (nach § 268 Abs. 2) stattfindenden Uebertragung der getilgten Forderung sind gemäß § 412 im Wesentlichen dieselben, wie die der vertragsmäßigen Forderungsabtretung (§§ 399 bis 404, 406 bis 410); insbesondere gehen die für die Forderung bestehenden Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften auf den Dritten über. (§ 401.)

§ 269. Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.

1. In Ermangelung einer durch Gesetz oder Rechtsgeschäft erfolgten Bestimmung des Erfüllungsorts ist im Fall des Streites vom Richter zunächst nach den als Anzeichen des muthmaßlichen Willens der Betheiligten zu betrachtenden Umständen, wozu namentlich die Natur des Schuldverhältnisses gehört, zu entscheiden, an welchem Orte zu leisten ist, bezw. war. Aehnlich bestimmt das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 247, daß „die im Vertrage mangelnde Bestimmung des Ortes der Erfüllung" „bei entstehendem Streite von dem Richter nach der Natur des Geschäftes und der deutlich erhellenden Absicht der Contrahenten" zu ergänzen ist.

Für den nicht seltenen Fall, daß der Streit hiernach nicht entschieden werden kann, enthält das Preuß. A. L. R. in seiner fein distinguirenden Weise specielle Bestimmungen für contractliche und andererseits für außercontractliche Verhältnisse. Bei Verträgen ist, wenn Sachen zu geben oder eine Geldzahlung zu leisten ist, der Ort, wo der Berechtigte zur Zeit des Vertragsabschlusses wohnte, maßgebend, bei „bloß wohlthätigen Verträgen" dagegen der Aufenthaltsort des Verpflichteten und, wenn die Leistung in einem Thun (Handlung) besteht, der Wohnort, den der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsschlusses hatte (A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 248—250). Für außercontractliche Leistungen ist der Ort, wo der Schuldner wohnt oder sich aufhält, als Erfüllungsort bestimmt. (A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 27, 50.)

Das B. G. B. erklärt — wie betreffs Zahlungen der code civil art. 1247 — den Wohnort des Schuldners subsidiär für maßgebend, und zwar den Wohnsitz, den er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses hatte. In Ermangelung eines Wohnsitzes ist der Aufenthaltsort maßgebend. „Dies ergiebt sich als nothwendige Folge der Vorschrift (I §§ 229, 230, jetzt § 269) aus dieser von selbst." (Mot. II S. 35.)

Bei Schadensersatzansprüchen würde hiernach der Berechtigte unter Umständen nicht vollen Ersatz erlangen; es ist also bei solchen Ansprüchen in Anwendung des § 249 der Erfüllungsort so zu bestimmen, daß eine volle Schadloshaltung des Berechtigten erfolgt.

2. Sind mehrere Orte zur Erfüllung bestimmt, so hat nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 251 der Verpflichtete die Wahl unter ihnen. Das B. G. B. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Es kann in solchen Fällen eine alternative Obligation

vorliegen, wenn nämlich die Leistung nur an dem einen oder andern Orte zu bewirken ist (§ 249); ob dies der Fall ist, oder ob die verschiedenen Orte kumulativ bestimmt sind, so daß insbesondere auch je eine theilweise Leistung an den verschiedenen Orten erfolgen kann, das ist eine Frage der Auslegung.

3. Unberührt bleiben nach Art. 92 des Einf. Gsz. z. B. G. B. „die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind." Auf Grund dieses Vorbehalts können solche Vorschriften von der Landesgesetzgebung auch neu eingeführt werden.

4. Zu unterscheiden vom Leistungs- (Erfüllungs-) Ort ist a) der Vertragsort (Ort des Vertragsabschlusses) b) der Bestimmungsort (Versandtort, Ort, wohin die Versendung erfolgen soll, (§ 447, § 269 Abs. 3) c) der Ablieferungsort, wo der Empfänger die Sache übernehmen, in seine Gewalt bekommen soll.

Der Erfüllungsort braucht nicht für beide Contrahenten derselbe zu sein. (Entsch. des R. G. v. 27. Oct. 1880, Entsch. Bd. 2 S. 122.)

§ 270. Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.

Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.

1. Die Vorschrift des § 270 entspricht dem Art. 325 des H. G. B. und der Verkehrssitte. Die Geldschuld ist danach nicht, wie im I. Entw. § 230 Abs. 2, in jeder Hinsicht zu einer „Bringschuld" erklärt, vielmehr sind dadurch die Vorschriften über den Erfüllungsort, insbes. betreffs des Gerichtsstandes (C. P. O. § 29) nicht geändert. Für Klagen auf eine Geldzahlung ist also auch jetzt ungeachtet der Uebersendungspflicht des Schuldners (§ 270) das Gericht des Wohnorts des Gläubigers nur dann zuständig, wenn dieser Ort (gemäß § 269) als Erfüllungsort für die Zahlungsverpflichtung anzusehen ist. Vgl. Urth. des R. G. vom 26. Mai u. 27. Oct. 1880, Entsch. Bd. I S. 445, Bd. 2 S. 122.

2. Die Geldübersendungspflicht des Schuldners besteht auch im Fall einer Aenderung des Wohnsitzes bezw. der gewerbl. Niederlassung des Gläubigers; dieser hat jedoch die dann etwa vermehrten Kosten oder die vermehrte Gefahr der Uebermittelung zu tragen (§ 270 Abs. 3). Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 2 §§ 772, 773 hat dagegen der Gläubiger im Fall einer Wohnsitz-Verlegung einen Bevollmächtigten zum Geld-Empfang am Zahlungsorte zu bestellen und dem Schuldner anzuzeigen, widrigenfalls letzterer „das Geld dem Gläubiger mit der Post auf dessen Gefahr und Kosten zusenden oder dasselbe gerichtlich niederlegen" kann.

3. Die Absendung des Geldes braucht am Erfüllungsorte erst zur Zeit der Fälligkeit der Schuld zu erfolgen; der Schuldner kommt dadurch, daß das Geld dann erst nach dem Fälligkeitstage dem Gläubiger zugeht, nicht in Verzug (§ 284).

§ 271. Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.

1. Ist die Zeit der Erfüllung im Vertrage nicht bestimmt, so hat nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 230, 231 der Richter nach den Umständen, insbes. mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Absicht der Parteien beim Geschäfte und auf den Zweck der Leistung die Erfüllungs-Zeit zu bestimmen. Das B. G. B. geht in § 271 Satz 1 von demselben Grundsatz aus. Erscheint hiernach in einem Processe der Einwand vorzeitiger Forderung begründet, so hat der Richter die Klage nicht etwa zur Zeit abzuweisen, sondern im Urtheil die von ihm für angemessen erachtete Leistungszeit festzusetzen (vgl. § 291). Der Umstand, daß zu früh geklagt worden, ist aber bei der Entscheidung des Kostenpunktes zu berücksichtigen.

2. Ist die Erfüllungszeit bestimmt, so kann vorher nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 241 f., Tit. 11 §§ 757, 758, Tit. 16 § 56 die Erfüllung wider den Willen des einen oder des anderen Theils weder gefordert noch geleistet werden. Das B. G. B. (§ 271 Abs. 2) betrachtet dagegen „im Zweifel", also Mangels besonderer Vereinbarung die Zeitbestimmung nur als zu Gunsten des Schuldners gegeben. Häufig wird aber auch der Gläubiger ein mitunter recht erhebliches Interesse daran haben, daß die Leistung nicht vor der festgesetzten Zeit erfolgt, damit ihm z. B. die Mühewaltung betreffs der anderweiten Unterbringung ausgeliehener Kapitalien erspart bleibt, oder damit er nicht bei sinkendem Zinsfuße in Folge der vorzeitigen Rückzahlung des Kapitals Zinsverluste erleidet. Der Gläubiger wird also nach dem B. G. B. durch eine besondere contractliche Vereinbarung sein Interesse an nicht vorzeitiger Erfüllung zu wahren haben.

3. Ist die Erfüllung nur in unbestimmten Ausdrücken, nach Möglichkeit oder nach Gelegenheit ausgesprochen worden, so tritt nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 236—240 richterliche Zeit-Bestimmung ein, wenn die Verbindlichkeit an sich nicht aus dem Vertrage allein entstanden ist, sondern schon vor dem Vertrage ein rechtlicher Grund dazu vorhanden war; ist dagegen „die Verbindlichkeit an sich blos durch den Vertrag erst begründet worden" und die Erfüllung in diesem Vertrage „in dergleichen unbestimmten Ausdrücken" versprochen, oder die Erfüllungszeit ausdrücklich der Willkür des Verpflichteten überlassen, so kann erst nach dem Tode des Verpflichteten auf Erfüllung geklagt werden; kann dann der Vertrag „vermöge der Natur des Gegenstandes" nicht mehr erfüllt werden, so verliert er seine Kraft.

Eine gleiche Bestimmung enthält das Sächs. B. G. B. § 715 (vergl. l. 4 D. locati, 19, 2). Bei Leistungen aber, welche von Verpflichteten zu einer ihm beliebigen Zeit erfolgen sollen, ist nach dem cit. § 715 „die Zeit nach richterlichem Ermessen zu bestimmen."

Nach dem code civil art. 1901 ist die Zeit der nur nach Möglichkeit übernommenen Leistung (Zahlung) vom Richter nach den Umständen festzusetzen. Dies wird auch nach dem B. G. B., welches besondere Vorschriften hierfür nicht enthält, dann zu geschehen haben, wenn die Erfüllung nur in unbestimmten Ausdrücken (nach Möglichkeit rc.) versprochen ist. Wie aber, wenn die Erfüllungszeit lediglich dem Belieben des Verpflichteten anheimgegeben ist? Das B. G. B. hat auch hierüber keine Bestimmung getroffen, es entscheidet also das richterliche Ermessen.

Wenn z. B. ein Vater seinem Sohne sein Grundstück zu bestimmtem Preise verschreiben lassen zu wollen (formgemäß) erklärt, sich aber die Zeit der Uebergabe zu bestimmen vor-

behält, so kann nach Preuß. A. L. R. § 238 a. a. O. der Sohn die Verschreibung bezw. Uebergabe nicht bei Lebzeiten des Vaters verlangen. (Erk. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1847, Rechtsf. Bd. III S. 317, Rönne, Ergänz. rc. z. cit. § 238.) — Auch nach dem B. G. B. wird in solchen und ähnlichen Fällen der Verpflichtete zu seinen Lebzeiten wohl zur Erfüllung nicht im Rechtswege gezwungen werden können.

§ 272. Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt.

Vgl. § 813 Abs. 2. — Einen Anspruch auf den Abzug von Zwischenzinsen (interusurium) gewährt das B. G. B., wenn der Hypothekengläubiger wegen Verschlechterung des verpfändeten Grundstücks Befriedigung verlangt (§ 1133), oder wenn der Verpfänder wegen Verletzung seiner Rechte durch den Pfandgläubiger Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers fordert (§ 1217).

§ 273. Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergiebt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

1. In Uebereinstimmung mit dem bisher in Deutschland geltenden Rechte geht das B. G. B. von dem Grundsatze aus, daß der Gläubiger seinen Anspruch nicht ohne Rücksicht auf den damit in rechtlichem Zusammenhange stehenden fälligen Gegenanspruch geltend machen darf, sofern nicht aus dem Schuldverhältniß sich ein anderes ergiebt, insbesondere der Gegner zur Vorleistung verpflichtet ist. Bescheinigung des Anspruchs des Zurückbehaltenden (wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 § 541), bezw. Liquidität ist nicht erfordert.

Das B. G. B. gewährt aber ein Zurückbehaltungsrecht nicht nur, — wie das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 §§ 536, 542, das Sächs. B. G. B. § 767 und das H. G. B. Art. 313 — gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe fremder Sachen, bezw. auf Geldzahlung (§ 542 a. a. O.), sondern im Anschluß an die im gem. Recht herrschende Ansicht — ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung. „Auch Rechte, Handlungen sowie die eigenen Sachen, zu deren Verschaffung, Vornahme, Uebergabe der in Anspruch Genommene verpflichtet ist, können geeignetenfalls, d. h. wenn Konnexität vorhanden ist, zurückgehalten werden." (Mot. II S. 42.)

2. Da das Zurückbehaltungsrecht nur zur Sicherung des Gegenanspruchs dienen soll, so kann seine Ausübung durch Sicherheitsleistung (§ 232 f.) abgewendet werden (§ 273 Abs. 3). Diese Vorschrift findet aber keine Anwendung auf das ein Zurückbehaltungsrecht im weitern Sinne darstellende Recht, die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage

bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern (die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben) (§ 320 Abs. 1).

Durch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wird die Verjährung nicht gehemmt. (§ 202 Abs. 2.)

3. Mit dem, wenn auch unfreiwilligen Aufhören des Besitzes bezw. der Retention erlischt das Zurückbehaltungsrecht. Einen Anspruch auf Wiederherstellung des frühern Zustandes kann der Retentionsberechtigte nicht an und für sich geltend machen, sondern nur wenn er „kraft des Schuldverhältnisses, in welchem er zu dem Retentionsobjekte stand", einen solchen Anspruch hat. (Mot. II S. 43.)

§ 274. Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurtheilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurtheilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.

Bezüglich der Durchführung des Zurückbehaltungsrechts im Processe (Ertheilung der betr. vollstreckbaren Urth.-Ausfertigung rc.) sollen die nähern Vorschriften in die C. P. O. §§ 664, 676 a, 684 aufgenommen werden. Vgl. Anl. II zur Denkschr. z. Entw. des B. G. B.

§ 275. Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

1. Wie nach bisher. Recht (vergl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 361, 364, 375) so befreit auch nach d. B. G. B. nachträgliche objektive Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner, soweit nicht seine Haftung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft, eventuell auch über Fahrlässigkeit hinaus bis zur Garantie für den Erfolg festgesetzt ist. — Im Gegensatz hierzu befreit subjektives Unvermögen (Mangel an Geld, Leistungsunfähigkeit rc.) den Schuldner in der Regel nicht, sondern nur dann, wenn eine individuell bestimmte persönliche Leistung für den Schuldner infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes (z. B. wegen Krankheit) unmöglich wird. (Vgl. § 279.)

Die Befreiung des Schuldners tritt nur ein, soweit (d. h. auch nur so lange) die Unmöglichkeit vorliegt. (Vgl. § 285.)

2. Bezüglich der schon von vornherein bei Eingehung des Schuldverhältnisses vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung treffen §§ 306 f. Bestimmung. Bezüglich des Vermächtnisses einer unmöglichen Leistung vgl. § 2171; s. auch § 2192.

§ 276. Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

1. Die §§ 276—279 beziehen sich auf Verschulden bei der Vertrags-Erfüllung. Bezüglich des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen, bezw. beim Vertragsabschluß vgl. die Bemerk. zu § 278.

2. Die im Anschluß an die frühere gemeinrechtliche Doctrin im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 3 §§ 18 f. aufgestellte Unterscheidung zwischen grobem, mäßigem und geringem Versehen (culpa lata, levis und levissima) hat das B. G. B. nicht aufgenommen.

Fahrlässigkeit erklärte der I. Entw. § 144 gleichwie das Röm. (gem.) Recht dann für vorliegend, „wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters — (bonus paterfamilias) — angewendet wird." Der § 276 betrachtet allgemein als Fahrlässigkeit den Mangel der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

Im allgemeinen ist außer für Vorsatz für Fahrlässigkeit schlechthin, also auch für geringe (culpa levis) zu haften; die Parteien können aber durch Vereinbarung diese Haftung bis zum Einstehen für den Erfolg (Garantie) verschärfen oder auch die Haftung für Fahrlässigkeit mildern oder ganz erlassen. Der sittlichen Natur der Rechtsordnung gemäß darf aber die Haftung wegen Vorsatzes (dolus) nicht im Voraus erlassen werden.

Vorsatz ist „die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung"; „vorsätzlich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich" (Mot. I S. 280). Von „Absicht" spricht das B. G. B., „wenn der Zweck bezeichnet werden soll, dessen Erreichung gewollt ist." (Mot. a. a. O.)

„Unter „Verschulden" wird ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten verstanden." (Mot. I S. 281.)

3. Nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften: der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers (§ 300), der Schenker (§ 521), der Verleiher (§ 599), der Geschäftsführer ohne Auftrag bei Abwendung dringender Gefahr (§ 680) und der Finder (§ 968).

§ 277. Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.

1. In der in § 277 beschränkten Weise haften: der Verwahrer bei unentgeltlicher Verwahrung (§ 690), Gesellschafter (§ 708), Ehegatten (§ 1359), der Vater, bezw. die Mutter bei Ausübung der elterl. Gewalt (§§ 1664, 1686) und der Vorerbe (§ 2131).

2. Wer nach Gesetz oder Vereinbarung nur gemäß § 277 haftet, hat für eine nicht grobe Fahrlässigkeit dann nicht einzustehen, wenn er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger verfährt.

§ 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

1. Der § 278 weist in seiner auf die Vertrags-Erfüllung beschränkten Fassung auf eine im B. G. B. absichtlich offengelassene Lücke hin. Es ist nämlich nicht — wie im Preuß. A. L. R. — die praktisch wichtige Frage entschieden, wie ein Versehen bei Vertragsverhandlungen bezw. beim Vertragsabschluß (culpa in contrahendo) rechtlich zu beurtheilen ist.

Es kommt hierbei die Unterscheidung der Obligationen nach ihrem Entstehungsgrunde in Betracht. In der nach dem Vorgange des Röm. Rechts hergebrachten sachgemäßen Weise unterscheidet das B. G. B. „Schuldverhältnisse aus Verträgen" (obligationes ex contractu, II. Buch II. Abschnitt) und aus „unerlaubten Handlungen" (obligationes ex

delicto, II. Buch VII. Absch. 25. Titel); die daneben im Röm. Recht aufgestellte dritte Kategorie der „Schuldverhältnisse aus anderen Gründen" (ex variis causarum figuris, — I. Entw. II. Buch IV. Abschnitt) ist in der Eintheilung des B. G. B. nicht besonders hervorgehoben.

Das Röm. Recht und die modernen Gesetzgebungen, insbes. das Preuß. A. L. R. betrachten in der der Natur der Sache entsprechenden Weise ein vorsätzlich rechtswidriges Verhalten, insbes. die Verletzung von Treue und Glauben (Betrug und Arglist) sowie Versehen, welche bei Vertragsverhandlungen und beim Vertragsabschluß begangen werden (dolus und culpa in contrahendo) als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten; bei den auf eine solche Rechtspflicht-Verletzung gegründeten Ansprüchen giebt hiernach das Römische Recht bei den Vertrauens-Geschäften (negotia bonae fidei), insbesondere beim Kauf, und das gem. und Preuß. Recht allgemein die Contracts-Klage (actio emti etc.) (nicht etwa bei Betrug und Arglist die überhaupt nur subsidiäre actio doli).[1])

Das Preuß. A. L. R. Th. 1 Tit. 5 bestimmt demgemäß: § 284. „Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Contrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat." Die §§ 285 f. a. a. O. bestimmen dann je nach dem Grade des Verschuldens die Haftung für Pflichtverletzungen „bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages."

Abweichend vom bisherigen Recht, insbes. vom Preuß. A. L. R. betrachtet dagegen das B. G. B., zwischen Vertrags-Abschluß und Erfüllung unterscheidend, die vorsätzlich widerrechtlichen Handlungen, insbes. Betrug und Arglist, die beim Abschluß von Verträgen begangen werden, gleichwie dergleichen in außercontractlichen Verhältnissen begangene Handlungen als „unerlaubte Handlungen" im Sinne der §§ 823 f. Demgemäß bemerken die Motive (II S. 756), der Betrogene könne, statt vom Anfechtungs-Rechte (§ 123) Gebrauch zu machen, „nach Maßgabe der Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen" die Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der durch Betrug veranlaßten Willenserklärungen und Ersatz des sonstigen negativen Interesses verlangen. (Vgl. auch Mot. I S. 208.) In gleichem Sinne bemerkt die Denksch. z. Entw. S. 21: Hat der Getäuschte oder Bedrohte durch Versäumung der einjährigen Frist das Anfechtungsrecht verloren, so bleibt ihm noch der Schadensersatzanspruch, der ihm aus der Täuschung oder Drohung nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen (§§ 807, 810, jetzt 823, 826) erwächst. — (Vgl. auch § 852 Abs. 2.)

2. Die vom bish. Recht abweichende in den Motiven nicht näher begründete Auffassung des B. G. B. zeigt ihren Einfluß insbes. bezüglich der Verjährung der betr. Schadensersatzansprüche und hinsichtlich der Haftung des Vertretenen für Verschulden des Vertreters.

Der Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verjährt nämlich nach § 852 Abs. I des B. G. B. in 3 Jahren seit erlangter Kenntniß vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen, ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in 30 Jahren, während die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre beträgt (§ 195). — Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 54, 55 bezieht sich dagegen die 3jährige (ohne Rücksicht auf Kenntniß vom Dasein und Urheber des Schadens 30jährige) Verjährung nur auf den „außerhalb dem Falle eines Contracts erlittenen Schaden."

Aus dem erwähnten Grundsatze des B. G. B. ergiebt sich ferner, wie die Mot. I S. 228 ausdrücklich bemerken, der praktisch wichtige Folgesatz: „Für den Schaden, welchen der Vertreter durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene

---

[1]) Vgl. z. B. *Dernburg*, Pandecten I. Bd. § 104 Anm. 3.

widerrechtliche Handlung Dritten zufügt, ist der Vertretene, von den für juristische Personen gegebenen besonderen Bestimmungen (§§ 46, 50 Abs. 4, § 61, jetzt §§ 31, 86, 89) abgesehen, nur innerhalb der aus §§ 711, 712 (jetzt §§ 831, 832) ersichtlichen Schranken haftbar," d. h. der Vertretene haftet hier nur nach den Grundsätzen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen. Dieser allgemeine Grundsatz gilt insbes. auch für ein vorsätzliches rechtswidriges Verhalten des Vertreters beim Vertragsabschluß (dolus in contrahendo).

3. Andererseits hat das B. G. B., sofern es sich um Fahrlässigkeit (culpa) handelt, die Begriffe: „Verschulden in rechtsgeschäftlichen Beziehungen" und „außercontractliches Verschulden" nicht klar und bestimmt festgestellt und gegen einander abgegrenzt. Demgemäß hat das B. G. B. es unbestimmt gelassen, ob in der bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts begangenen Fahrlässigkeit (culpa in contrahendo) „eine unerlaubte Handlung oder lediglich eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu erblicken ist", ob und inwieweit also der Vertretene für eine solche Fahrlässigkeit des Vertreters (vergl. §§ 122, 306, 309, 694) einzustehen hat. (Mot. I S. 228, 195.)

Es zeigt sich hier der nachwirkende Einfluß der früher im gem. Recht herrschend gewesenen Lehre Savigny's, der [1]) (im Anschluß an die Bemerkung, manche nähmen „ganz unrichtig" an, „der irrende Verkäufer sei wegen culpa verantwortlich,") den Grundsatz vertritt: Culpa ist garnicht allgemein eine causa obligationis, wie es der Betrug allerdings ist. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist, . . da ist dieser eine causa obligationis und die daraus entspringende Obligation kann durch culpa wie durch Betrug modificirt und erhöht werden."

In Uebereinstimmung mit letzterer Auffassung bemerken die Mot. II. S. 727, daß „die Verletzung des Rechts aus einem — bereits bestehenden — Schuldverhältnisse" „überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen" ist. Das obligatorische Recht wird aber auch durch ein bei den Vertragsverhandlungen bezw. beim Vertragsabschluß obwaltendes Verschulden wesentlich mit beeinflußt. Ein solches Verschulden tritt nicht äußerlich zum Vertragsabschluß hinzu, es ist vielmehr innerlich damit verbunden. Wer es begeht, verletzt seine rechtsgeschäftlichen Pflichten. Ein außercontractliches Verschulden (obligatio ex delicto) liegt nur dann vor, wenn fremde Rechte ohne Obwalten rechtsgeschäftlicher Beziehungen verletzt werden. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung führt also zu dem im Preuß. Recht längst anerkannten Grundsatze, daß ein Versehen bei Vertragsverhandlungen, bezw. beim Vertragsabschluß (culpa in contrahendo) als contractliches, nicht als außercontractliches Verschulden zu betrachten ist.[2]) Es wird demzufolge — da das B. G. B. die Entscheidung der Frage der Rechtswissenschaft überlassen hat — für ein Versehen des Vertreters bei Vertragsverhandlungen bezw. beim Vertragsabschluß gleichwie für ein dergl. Versehen bei der Vertrags-Erfüllung vom Vertreter zu haften sein und auch die ordentliche Verjährung hier Anwendung zu finden haben.[3])

4. Die Unterscheidung zwischen Vertrags-Abschluß und Erfüllung läßt sich übrigens in unzähligen Fällen praktisch kaum oder nur mit kasuistischen Distinctionen durchführen, indem beide Akte vielfach, namentlich bei den Kaufgeschäften im täglichen Verkehr untrennbar zusammenfließen. Verkauft z. B. der Vertreter eines Kaufmanns eine Waare unter sofortiger Uebergabe, so würde der Kaufmann wohl nach § 278 für das Verschulden seines Ver-

---

[1]) System des heut. Röm. Rechts Bd. III S. 295 Note d.

[2]) Bezüglich der Beurtheilung eines Verschuldens bei nichtigen Verträgen vgl. die Bemerk. zu § 307.

[3]) Im Bericht der R. T. Commission ist die Frage garnicht berührt worden.

treters für haftbar zu halten sein, da er sich des letzteren zu Erfüllung des Geschäfts bedient hat; denn es kann hier doch nicht wohl zwischen Verkaufs-Abschluß und Uebergabe kasuistisch unterschieden werden. Läßt dagegen der Käufer sich die gekaufte Sache nicht sofort übergeben, sondern sie abholen oder sich zuschicken, so würde der Kaufmann für einen von seinem Vertreter beim Kaufabschluß begangenen Betrug, z. B. für das Anpreisen vergoldeter Sachen als goldener und dergl., nur nach Maßgabe der Vorschriften betreffs unerlaubter Handlungen haftbar sein; der Getäuschte wird aber allerdings das Geschäft gemäß § 123 anfechten können.

§ 279. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

Die Bestimmung des § 279 ergiebt sich aus der juristischen Natur der Gattungs-Obligation, wonach zunächst die Leistung eines oder mehrerer aus der Gattung auszuwählender Gegenstände geschuldet wird. Vgl. § 243 Abs. 2.

§ 280. Soweit die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

Im Falle theilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Theiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die theilweise Erfüllung für ihn keine Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

1. Wird gemäß § 280 Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung gefordert, so liegt hierin nicht etwa ein Abgehen vom Vertrage, bezw. es tritt nicht eine neue Obligation an die Stelle der alten; vielmehr fordert der Gläubiger auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses nur statt des unmittelbaren Schuldobjects einen andern Gegenstand, nämlich das Interesse, d. h. den Vermögenswerth, den er bei Gewährung des unmittelbaren Schuldobjects gehabt hätte. Vgl. Urth. des R. G. v. 3. October 1883, Entsch. Bd. 10 S. 176, 180.

2. Die Unmöglichkeit der Leistung hat nöthigenfalls der Gläubiger zu erweisen. (Mot. II S. 49). (Vgl. § 282.)

§ 281. Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Werth des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

Der § 281 giebt dem Gläubiger nur das Recht, statt der unmöglich gewordenen Leistung deren vom Schuldner erlangtes Surrogat gegen Gewährung der Gegenleistung zu

verlangen, wenn z. B. der Schuldner von einem Dritten für den ihm von diesem widerrechtlich entzogenen Gegenstand der Leistung Ersatz erhalten oder zu fordern hat.

§ 282. Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.

Vgl. § 280.

§ 283. Ist der Schuldner rechtskräftig verurtheilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur theilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu.

1. Die C. P. O. § 778 enthält nur die allgemeine Bestimmung, daß das Recht des Gläubigers, von dem zur Herausgabe einer Sache oder zur Leistung einer Handlung verurtheilten Schuldner in einer beim Proceßgericht 1. Inst. anzustellenden Klage sein Interesse zu liquidiren, durch die Vorschriften der C. P. O. §§ 769 folg. über die betr. Zwangsvollstreckung nicht berührt wird. In Ergänzung dieser Bestimmung gewährt nun § 283 dem Gläubiger das Recht, schon vor Veranlassung der Zwangsvollstreckung (C. P. O. § 769 f.) oder vor Feststellung der Leistungsunmöglichkeit statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen.

2. Die Vorschrift im II. Entw. § 239, daß die dem Schuldner zu setzende Frist auf Antrag des Gläubigers im Urtheil zu bestimmen ist, ist hier gestrichen, da sie in die C. P. O. § 230 b aufgenommen werden soll. Zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Angemessenheit der Frist ist eine solche Festsetzung recht wünschenswerth.

§ 284. Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich.

Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

1. Der zur Fälligkeits-Zeit nicht leistende Schuldner kommt ohne weiteres, ohne Mahnung nur dann in Verzug, wenn die Leistungszeit kalendermäßig genau bestimmt, bezw. zu berechnen ist; dies interpellat pro homine. Nicht aufgenommen ist die Bestimmung des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 68, wonach der Schuldner bei bedingten Zahlungen mit dem Eintritt der Bedingung, sobald dieser ihm bekannt geworden, in Verzug geräth und somit Verzugszinsen zu zahlen hat.

Die Vorschrift des § 284 Abs. 2 entspricht im Wesentl. dem gem. und Preuß. Recht. Nach Franz. Recht (code civil art. 1139) kommt dagegen der Schuldner mit Ablauf der Leistungszeit ohne Mahnung nur dann in Verzug, wenn dies im Vertrage bestimmt ist.

2. Der Mahnung steht gleich die Erhebung (Zustellung) der „Klage auf die Leistung" (also nicht einer Feststellungsklage) sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls (§ 284 Abs. 1). Vgl. § 291. Die Uebersendung der Rechnung gilt dagegen für sich allein nicht als Mahnung. (Vgl. H. G. B. Art. 288 Abs. 2.)

3. Der Inhalt der Mahnung bestimmt sich nach dem hierfür maßgebenden Inhalte des Schuldverhältnisses (Mot. II S. 58). Eine Zuvielforderung des Gläubigers hindert nicht unbedingt den Eintritt des Verzuges hinsichtlich des wirklich Geschuldeten. Vgl. Urth. des R. O. H. G. v. 2. December 1874 und 4. November 1875, Entsch. Bd. 16 S. 200, Bd. 18 S. 276, Urth. des R. G. v. 18. Oct. 1881 u. 29. Decemb. 1883, Entsch. Bd. 9 S. 141, Bd. 14 S. 108.

4. Um den Schuldner in Verzug zu setzen, ist ferner außer der Mahnung erforderlich, daß der Gläubiger das ihm nach dem betr. Schuldverhältnisse obliegende thut, z. B. bei einer sogen. Holschuld sich zur Empfangnahme beim Schuldner einfindet, ferner Quittungsleistung nicht verweigert 2c.

§ 285. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, so lange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

Vgl. § 275 f.

§ 286. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

1. Auch für den Verzug ist der Grundsatz des Preuß. Rechts aufgegeben, wonach der Umfang der Ersatzforderung sich nach der Natur des Geschäfts und dem Grade des Verschuldens bemißt; es ist vielmehr nach § 286 in jedem Falle das volle Verzugs-Interesse zu ersetzen. Dem Berechtigten ist dabei aber nicht, — wie im Sächs. B. G. B. § 741 — ohne weiteres die Wahl gelassen, ob er, wenn der Schuldner mit der Leistung vertretbarer Sachen in Verzug kommt, die Sachen oder deren Werth fordern will. Der Schadensersatz ist nach Maßgabe der §§ 249 f. zu leisten.

2. Außer den allgemeinen Bestimmungen der §§ 286 f. enthält das B. G. B. noch mehrere besondere Vorschriften über die Rechtswirkungen des Verzugs. (Vgl. § 264 Abs. 2, 326, 339, 354, 554, 633 Abs. 3, 775 Nr. 3 und 1613).

§ 287. Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

1. Zur Abwendung der Haftung für Zufall wollte der I. Entw. § 251 vom säumigen Schuldner den Nachweis verlangen, „daß der durch diesen — ebendenselben — Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde," wenn z. B. ein herauszugebendes Thier während des Verzuges des Schuldners zufällig erkrankt und

eingeht (vgl. l. 14 § 1 D. depos. 16, 3), oder der Blitz das betr. Gebäude zerstört, oder herauszugebende Werthpapiere im Kurse sinken. Der § 287 (II § 243) gestattet dagegen allgemein den Gegenbeweis, daß der Verlust des Gläubigers mit dem Verzuge des Schuldners nicht in ursächlichem Zusammenhange stehe, daß dieser Verlust vielmehr auch bei rechtzeitiger Erfüllung eingetreten sein würde, (vgl. Reatz I S. 121) daß also z. B. die betr. Gegenstände bei rechtzeitiger Uebergabe beim Gläubiger durch Brand oder Ueberschwemmung vernichtet worden wären.

2. Im Röm. Recht wird auch auf den Umstand hingewiesen, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Uebergabe die betr. Sachen hätte veräußern und dadurch den Zufall für sich hätte unschädlich machen können (vgl. l. 15 § 3 D. de R. V. 6, 1, — l. 70 pr. de hered. pet. 5, 3). Mit Rücksicht hierauf geht die im gem. Recht herrschende (insbes. von Savigny vertretene) Ansicht dahin, der im Uebergabe-Verzug befindliche Schuldner habe, um von der Haftung für Zufall frei zu werden, zu beweisen, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung die betr. Sachen behalten, nicht veräußert haben würde. — Das Preuß. A. L. R. hat einen solchen Beweis — im Anschluß an die zur Zeit seiner Abfassung geltende gemeinrechtl. Ansicht — nicht verlangt, vielmehr nur allgemein die Haftung des mit der Uebergabe säumigen Schuldners festgesetzt, falls nicht ausgemittelt werden könne, daß der Zufall die Sache auch im Besitze des Gläubigers betroffen haben würde (Th. I Tit. 7 § 241, Tit. 16 § 18, Tit. 21 § 251, — Koch, Komm. zum cit. § 241, Eccius, Preuß. Priv.-Recht Bd. I § 105 Anm. 44, Urth. des R. O. H. G. v. 28. Januar 1873 und 21. November 1876, Entsch. Bd. 9 S. 139 f., Bd. 21 S. 241 f.).

In den Mot. II S. 64 wird bemerkt, durch § 251 des I. Entw. sei zugleich entschieden, daß der Schuldner den erwähnten, ihm nach gem. Recht auferlegten Beweis zu führen habe. Dieser Auffassung haben sich auch betreffs des § 287 angeschlossen: Landé, des B. G. B. 2c. S. 79 und Ebert in der Ausgabe des B. G. B. von Fischer und Henle zu § 287 S. 133.

Die erwähnte Auffassung der Mot. hat jedoch im Gesetze keinen Ausdruck gefunden, und sie ist um so weniger für maßgebend zu erachten, als die Vorschrift des § 251 des I. Entw. im jetz. § 287 geändert ist. Das Gesetz (§ 287) verlangt nur — ebenso wie das Preuß. A. L R. — vom Schuldner zur Abwendung seiner Haftung für den Zufall ganz allgemein den Nachweis, daß der Schaden in Folge desselben oder eines andern Zufalls die Sache auch im Besitze des Gläubigers betroffen haben würde. Diese Bestimmung würde — wie das R. O. H. G. im geb. Urth. v. 28. Januar 1873 betreffs der gleichen landrechtl. Vorschrift mit Recht bemerkt, — wenn nicht ganz so doch nahezu gegenstandslos werden, wenn der Schuldner nachweisen sollte, daß der Gläubiger die betr. Sachen bei rechzeitiger Uebergabe nicht veräußert haben würde; denn die bloße Möglichkeit eines Verkaufs ließe sich fast immer annehmen. Diese Verkaufs-Möglichkeit hat das Gesetz (§ 287) nicht als einen selbstständig für sich in Betracht kommenden Umstand hingestellt, so daß der Schuldner in allen Fällen nur durch den vielfach unmöglichen Beweis des Gegentheils von der Haftung für den Zufall frei werden würde. Es ist vielmehr der Natur der Verhältnisse gemäß — wie im Preuß. Recht — davon auszugehen, daß der Gläubiger der Regel nach im Besitze der betr. Sachen verblieben wäre. Der Gläubiger aber, der sein volles Interesse ersetzt verlangen kann, ist hiernach andererseits für befugt zu halten, gegenüber der Einrede des Schuldners geltend zu machen und darzuthun, daß der Zufall, der die Sache an sich auch in seinem Besitze betroffen hätte, doch für ihn unschädlich gewesen wäre, weil er die Sache sofort bezw. alsbald veräußert hätte. Letzteres wird vielfach auch ohne besondern Beweis den Umständen zufolge, insbesondere für den kaufmännischen Verkehr anzunehmen sein (vgl. C. P. O. §§ 259, 260).

3. Ist durch den Untergang des betr. Leistungsobjekts der Entschädigungsanspruch des Gläubigers einmal begründet, so kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, daß ein späterhin eingetretener schädigender Zufall den Gegenstand im Besitze des Gläubigers betroffen hätte. (Vgl. Reatz I S. 121.)

§ 288. Eine Geldschuld ist während des Verzuges mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

1. Hier wie in § 246 ist der Zinssatz von 4 statt, wie in der Reg.-Vorl., 5 Procent auf Antrag der R. T. Komm. angenommen worden.

2. Von der Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen ist nur der Schenker befreit (§ 522).

3. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 834 kann der Gläubiger statt der Verzugszinsen (oder der Conventional-Strafe) vom Schuldner, wenn dieser „bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln aus Vorsatz oder grobem Versehen die Zahlung verzögert, Ersatz des aus diesem Verzug ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen." — Das B. G. B. giebt einen solchen Schadensersatzanspruch bei jedem Verzuge des Schuldners und verlangt auch nicht den unter Umständen schwierigen Nachweis, daß der Schuldner genügende Zahlungsmittel besessen habe.

§ 289. Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt.

Vgl. § 248. — Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 1 § 821 können von rechtskräftig zuerkannten Zinsenrückständen, falls der Schuldner nicht vor Ablauf der im Urtheil bestimmten Frist Zahlung leistet, seit dem Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses Verzugszinsen gefordert werden.

Das B. G. B. (§ 289) hat aus Billigkeitsgründen einen Anspruch auf Verzugszinsen bei jeder Art von Zinsen versagt. Das Interesse des Gläubigers erschien durch die Vorschrift des § 289 Abs. 2 genügend gewahrt. (Reatz I S. 122.)

§ 290. Ist der Schuldner zum Ersatze des Werthes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werthes zu Grunde gelegt wird. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner zum Ersatze der Minderung des Werthes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet ist.

1. Nach der Reg.-Vorlage (§ 284, jetzt 290) sollte der Gläubiger Zinsen von der Ersatz-Schuld „von der Zeit an" verlangen dürfen, „zu welcher der Schuldner mit der Leistung des Gegenstandes in Verzug gekommen ist". Die jetzige Fassung ist von der R. T. Kommission beschlossen worden. Zur Erläuterung der Bedeutung und Nothwendigkeit der Fassungsänderung wurde folgendes Beispiel angeführt: Wenn Jemand für ein Anfangs Januar zu leisten gewesenes inzwischen geschlachtetes Rind Anfangs December Schadensersatz verlange und zwar nach dem Werthe, den das Rind, wenn es damals noch gelebt hätte, zufolge der inzwischen eingetretenen Werthssteigerung Anf. December gehabt

hätte, so könne der Gläubiger von dem so ermittelten Betrage selbstverständlich nicht Zinsen seit Anf. Januar (Eintritt des Verzuges), sondern erst von Anf. December des betr. Jahres verlangen. (R. T. Komm.-Ber. S. 36, 37.)[1])

2. Die Zinsen erhält der Gläubiger ohne weitern Nachweis als Ersatz für die ihm entzogenen Nutzungen. Mit Rücksicht hierauf bestimmte der dem § 294 entsprechende § 284 der Reg.-Vorl. im Abs. 2: „Für die Zeit, für welche der Gläubiger Zinsen fordert, kann er nicht Ersatz für entzogene Nutzungen verlangen". — Dieser Satz ist von der R. T. Kommission gestrichen worden, nicht um ihn für unrichtig zu erklären, sondern um die Frage lediglich der Judikatur zu überlassen. (R. T. Komm.-Ber. S. 37.)

Bei der hiernach gewährten freien Beurtheilung ist nunmehr, da der säumige Schuldner für das volle Verzugs-Interesse zu haften hat, in den Fällen des § 290 neben der Zinsen-Liquidation die Geltendmachung eines weitern (vom Gläubiger zu erweisenden) Ersatz-Anspruchs für entzogene Nutzungen nicht für ausgeschlossen zu erachten. — Vgl. auch § 849.

3. Maßgebend für die Werthsbestimmung erklärte der I. Entw. § 240 Abs. 2 den für die Verpflichtung des Schuldners bestimmten Ort und die Zeit der Leistung dergestalt, daß der Gläubiger den Werth einer spätern Zeit nur sollte fordern dürfen, „wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß sein Schaden in der Entziehung des höheren Werthes besteht." Diese zunächst für den Fall der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung gegebene Vorschrift erachteten die Motive II S. 65 (zu I §§ 250, 251) auch für den Fall des Verzugs des Schuldners für anwendbar, mit dem Bemerken, den in Folge einer Werthsverringerung der betr. Sache (z. B. in Folge Kursrückgangs von Werthpapieren) entstandenen Schaden könne der Gläubiger nach allgem. Grundsätzen erstattet verlangen, „wenn er erweislich bei rechtzeitiger Lieferung vor der Werthsverminderung nach Eintritt des Verzuges verkauft haben würde."[2])

Im II. Entw. ist § 240 Abs. 2 des I. Entw. als nicht unbedenklich gestrichen worden. (Vgl. Reatz I S. 119.) Der zu erstattende Werth ist nun nach dem allg. Grundsatze zu bemessen, daß der Gläubiger Ersatz des vollen Interesses vom säumigen Schuldner verlangen kann.

4. In Fortfall kommt hiernach die Bestimmung des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 § 85, wonach bei Beschädigungen aus Vorsatz oder grobem Versehen der Gläubiger ohne weiteres den höchsten Werth erstattet verlangen kann, den die Sache zwischen der Schadenszufügung und der an den Beschädiger erfolgten Klage-Zustellung gehabt hat. Zur Aufhebung kommt ferner die Vorschrift des Sächs. B. G. B. § 744, wonach im Fall einer Werths-Minderung der Gläubiger neben der Sache die Differenz zwischen dem Werthe derselben zur Lieferungs-Zeit und am Lieferungs-Orte und dem Werthe zur Zeit und am Orte der wirklichen Leistung nebst Verzugszinsen verlangen kann.

Im Vergleich mit diesen Vorschriften ist also die Beweislast des Gläubigers betreffs seiner Interesse-Liquidation erschwert.

§ 291. Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht in Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die

---

[1]) Entsprechend der jetz. Fassung des § 290 ist von der R. T. Kommission auch § 849 geändert worden.

[2]) Hier gingen also die Mot. — anders als betreffs der Haftung des säumigen Schuldners wegen Zufalls — vgl. die Bemerk. zu § 287, — von der Annahme aus, der Gläubiger werde der Regel nach die Sache behalten, nicht verkauft haben.

Vorschriften des § 288 Abs. 1 und des § 289 Satz 1 finden entsprechende Anwendung.

1. Die erst in den II. Entw. (§ 247) aufgenommene, dem bish. Recht entsprechende Bestimmung bezüglich der Proceßzinsen (§ 291) soll zur thunlichsten Ausgleichung des Nachtheils dienen, der für den Gläubiger durch die Dauer der Processe herbeigeführt wird; Verzug des Schuldners ist demzufolge nicht als Voraussetzung hingestellt.

2. In § 291 ist auch der bisher nicht unstreitige Grundsatz anerkannt, daß auch noch nicht fällige Forderungen im Wege des Processes geltend gemacht werden können.

§ 292. Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältniß oder dem Verzuge des Schuldners sich zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes ergiebt.

Das Gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.

1. Der wegen Herausgabe einer Sache in Anspruch genommene muß nach erlangter Kenntniß von der betr. Klage jedenfalls mit der Möglichkeit rechnen, daß er zur Herausgabe werde verurtheilt werden; er hat also für Erhaltung des bisher. Zustandes Sorge zu tragen und die Sache wie eine fremde zu verwahren und zu verwalten, während er andererseits Ersatz der demgemäß gemachten Verwendungen verlangen kann. Auf diesen Erwägungen beruht § 292 wie die entsprechende Vorschrift bezüglich des Eigenthumsanspruchs (vgl. § 987 f.). Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 7 § 222.

2. Die Vorschrift des § 292 „gilt nicht bloß für obligatorische Ansprüche auf Restitution eines bestimmten Gegenstandes, sondern auch für Ansprüche auf Uebergabe eines solchen Gegenstandes (tradere). Der Ausdruck Herausgabe greift also hier wie an andern Stellen des Entw. (jetzt des B. G. B.) über die Restitutionspflicht hinaus" (Mot. II S. 55, 56). Auf Ansprüche auf Vorlegung von Sachen (§§ 809, 810) paßt die Vorschrift nach ihrem Wortlaut und Grunde nicht.

Zweiter Titel.

Verzug des Gläubigers.

§ 293. Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

1. Um den Gläubiger in Verzug zu setzen, genügt die einfache Thatsache der Nicht-Annahme der angebotenen Leistung; ein Verschulden ist nach dem B. G. B. nicht wie beim Schuldner-Verzug (§ 285) Voraussetzung des Gläubiger-Verzuges, (abweichend vom Preuß. A. L. R. Th. I Tit. II §§ 98, 102—104, 939, 940 und vom Sächs. B. G. B §§ 746—749; im gem. Recht ist die Frage streitig). — Das B. G. B. behandelt demgemäß den Verzug des Gläubigers nicht im Anschluß an den Verzug des Schuldners, sondern in

einem besondern Titel. — Auch eine ausdrückliche oder stillschweigend erklärte Ablehnung der Annahme ist nicht Voraussetzung des Gläubiger-Verzuges.

2. Die im I. Entw. § 254 enthaltenen Worte „von dem Schuldner“ (angebotene Leistung) sind im II. Entw. gestrichen worden, da gemäß § 267 auch ein Dritter die Leistung bewirken kann.

§ 294. Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten werden.

Nach der Regel des § 294 muß der Schuldner sich thatsächlich zur Leistung bereit zeigen. „Wenn der Gläubiger zur Perfektion der Leistung einzig und allein durch Annahme mitzuwirken und eine weitere Thätigkeit nicht vorzunehmen hat, muß hiernach der Schuldner dem Gläubiger den Leistungsgegenstand vorlegen, bezw. wenn eine Handlung zu leisten ist, zu deren Vornahme — geeigneten Falles gehörig ausgerüstet — am rechten Orte sich einfinden“ (Mot. II S. 70).

§ 295. Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

1. Zur Vermeidung unnöthiger Weiterungen und Kosten erklärt der — dem bisher. Recht entsprechende — § 295 ein wörtliches Anerbieten (Verbal-Oblation) zuvörderst dann für genügend, wenn der Gläubiger dem Schuldner vor dem thatsächl. Angebot (Real-Oblation) im Voraus erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen. Der Gläubiger kann allerdings diese Erklärung widerrufen und dadurch ihre Wirksamkeit beseitigen (Mot. II S. 71).

2. Eine fernere Ausnahme vom Erforderniß des thatsächlichen Angebots stellt § 295 für den Fall auf, wenn die Thätigkeit des Schuldners durch eine vorgängige oder gleichzeitige Mitwirkung (Handlung) des Gläubigers bedingt ist, also beim Ausbleiben dieser Handlung vergeblich sein würde, wenn z. B., — was § 295 besonders hervorhebt, — der Gläubiger (Käufer ꝛc.) die geschuldete Sache abzuholen hat, ferner wenn er unter mehreren Gegenständen eine Auswahl oder über Erfüllungs-Modalitäten Bestimmung zu treffen hat, wenn ihm z. B. beim Verkauf von Stabeisen die Bestimmung der Formen (Dimensionen, die sogen. Specifikation) vorbehalten ist. Ist in solchen Fällen der Gläubiger mit der ihm obliegenden Mitwirkung im Verzuge, so befindet er sich im Annahme-Verzuge, indem seine Mitwirkung einen Theil der Abnahme bildet. Vgl. Urth. des R. O. H. G. vom 22. Novbr. 1871, Entsch. Bd. 4 S. 142, — vom 7./25. Novbr. 1874, Entsch. Bd. 15 S. 146, — vom 19. September 1876, Entsch. Bd. 21 S. 73, — vom 12. April 1877, Entsch. Bd. 22 S. 5, — Urth. des R. G. v. 24. Sept. 1881, Entsch. Bd. 5 S. 58 f., 66. — In solchen und ähnlichen Fällen genügt es, wenn der Schuldner (Verkäufer ꝛc.) sich zu der ihm obliegenden Leistung bereit erklärt und dazu auch — wie bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen (§ 297) — im Stande ist.

3. Eine Bereiterklärung des Schuldners zu der von ihm geschuldeten Leistung liegt auch in der Aufforderung an den Schuldner zu der ihm obliegenden Mitwirkung; eine solche Aufforderung ist daher in § 295 dem Angebote der Leistung gleichgestellt.

4. In den Fällen des § 295 ist ein wörtliches Angebot wirksam, auch wenn der Schuldner noch nicht sämtliche zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Vorbereitungen ge-

troffen hat, wenn er z. B. die zu liefernden Waaren noch nicht aus dem betr. Vorrathe ausgesondert hat, oder wenn die verkaufte Quantität Kohlen noch nicht aus dem betr. Bergwerke „gefördert" ist. (Vgl. die zu 2 cit. Urth.) Der Schuldner muß nur in solchen Fällen im Stande sein, die offerirte Leistung alsbald, d. h. unter Berücksichtigung der zur Vornahme der betr. Vorbereitungen erforderlichen Zeit zu bewirken. Vgl. Urth. des R. O. H. G. vom 7./25. Novbr. 1874, Entsch. Bd. 15 S. 148. — Vgl. auch die Bemrk. zu § 297.

§ 296. Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

1. Nach Analogie der für den Schuldner-Verzug getroffenen Bestimmung (§ 284) läßt § 296 den Gläubiger, der die ihm obliegende Handlung nicht rechtzeitig vornimmt, falls die Zeit dazu kalendermäßig genau bestimmt, bezw. von vorgängiger Kündigung ab bestimmbar ist, ohne weiteres, ohne Leistungsangebot des Schuldners in Verzug kommen. — Die Mot. II S. 71 heben hierbei hervor, es sei bei dieser Analogie „selbstverständlich" nicht der Gedanke leitend gewesen, daß „in den betr. Fällen eine eigentliche obligationsmäßige Verpflichtung des Gläubigers dem Schuldner gegenüber und eine verschuldete Nicht-Erfüllung dieser Verpflichtung Seitens des Gläubigers in Frage stände", und an einer andern Stelle (II S. 69) wenden sie sich gegen die „bedenkliche" Anschauung, „der Gläubiger sei als solcher und schlechthin zur Annahme verpflichtet." Für den praktisch wichtigsten Fall des Kaufs hat aber das Gesetz (§ 433 Abs. 2) eine Annahme-Pflicht des Gläubigers (Käufers) festgesetzt. — Vgl. auch Bemrk. zu § 304.

2. Die Vorschrift des § 296 kommt insbes. in Betracht betreffs der Vorlegung von Inhaber-Papieren zur Einlösung (vgl. § 801), betreffs der Präsentation von Ordre-Papieren und bezüglich der Zahlungen aus öffentlichen Kassen. (Vgl. Bemrk. zu § 269.)

§ 297. Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken.

Das Gesetz (§ 297) hat nicht, wie der I. Entw. (§ 255) es wollte, dem Schuldner den Beweis seines Leistungsvermögens, sondern zweckmäßiger Weise dem Gläubiger den Beweis des Gegentheils auferlegt, da es nicht leicht vorkommen wird, daß der Schuldner seine Leistung, ohne dazu im Stande zu sein, anbietet, während bei anderer Regelung der Beweislast ein chicanöses Bestreiten des Leistungsvermögens des Schuldners leicht vorkommen könnte. (Reatz I S. 124.)

§ 298. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.

Der § 298 gilt nicht nur bei gegenseitigen Verträgen, sondern auch für andere Fälle, z. B. bei Ersatzansprüchen des Bevollmächtigten oder Verwahrers (§§ 670, 693), oder wenn der Gläubiger Quittungsleistung verweigert (§ 368). — Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 22.

„Voraussetzung des Annahmeverzugs ist auch hier nicht Verweigerung der Gegenleistung; es genügt vielmehr die bloße Passivität des Gläubigers hinsichtlich der ihm obliegenden vom anderen Theile verlangten Gegenleistung" (Mot. II S. 73).

In Folge seines Annahme-Verzuges in den Fällen des § 298 kommt nach den Grundsätzen des B. G. B. (§ 284 f.) der Gläubiger als Schuldner der Gegenleistung nicht ohne weiteres, sondern nur dann in Verzug, wenn ihn als solchen ein Verschulden trifft.

§ 299. Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.

Der § 299 ist erst in den II. Entw. (§ 253) aufgenommen worden. Der Schuldner soll nicht jede vorübergehende Behinderung des Gläubigers dazu benutzen dürfen, um ihn in Verzug zu setzen. (Vgl. Reatz I S. 125.) Die Bestimmung mildert also den Grundsatz, daß der Annahmeverzug ohne Verschulden des Gläubigers eintritt.

§ 300. Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.

§ 300 ermäßigt im Anschluß an das bish. Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 98, 112, 939) die Haftung des Schuldners während des Gläubiger-Verzuges, und zwar „auch wenn er vorher — wie § 257 des I Entw. noch besonders besagte — in weiterem Umfange haftbar war." Die Gefahr trägt alsdann der Gläubiger (vgl. § 325).

Bei einer Gattungs-Schuld (§ 243) ist zum Uebergange der Gefahr auf den Gläubiger nach § 300 nicht (wie I § 257 wollte) vorgängige Auswahl (bezw. Ausscheidung) aus der Gattung (Vorrath ꝛc.) erforderlich. (Vgl. Bemrk. zu § 295.)

§ 301. Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten.

1. Die Bestimmung des § 301 entspricht nicht dem bish. Recht abgesehen vom Sächs. B. G. B. § 750. Sie beruht auf der Erwägung, daß der Schuldner das Geld für den Gläubiger bereit zu halten, also nicht mehr freie Hand in der Verwendung desselben habe. (Reatz I S. 126.) Vgl. aber Bemrk. zu § 302.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 229 kann der Schuldner nur durch Hinterlegung von der weitern Verzinsung sich befreien. Das B. G. B. § 372 berechtigt den Schuldner zwar ebenfalls zur öffentl. Hinterlegung von Geld, Werthpapieren, Urkunden und Kostbarkeiten, will aber den Schuldner nicht auf diesen Weg oder auf den Selbsthülfe-Verkauf (§ 383) verweisen, um Befreiung von der Zinsenpflicht zu erlangen.

2. Die Vorschrift des § 301 ist allgemein, sie findet also auch dann Anwendung, wenn der in Annahme-Verzug gekommene Gläubiger die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt hat (Reatz I S. 126), wenn z. B. der Verkäufer die verkaufte Sache dem Käufer übergeben, hinsichtlich der Kaufpreis-Annahme aber im Verzuge ist.

§ 302. Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er zieht.

Wie § 300 die Haftung des Schuldners bezüglich des Leistungsgegenstandes während des Gläubiger-Verzugs ermäßigt, so geschieht dies in § 302 hinsichtlich der Nutzungen, falls der Schuldner solche nach dem concreten Schuldverhältnisse herauszugeben oder zu ersetzen hat; er haftet dann nur für die wirklich gezogenen Nutzungen (§ 100). Hiernach hat der Schuldner auch von einer verzinslichen Geldschuld (§ 301) die Zinsen zu erstatten, die er erweislich während des Gläubiger-Verzugs von der betr. Summe gezogen hat.

§ 303. Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er nach dem Eintritt des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben. Das Aufgeben muß dem Gläubiger vorher angedroht werden, es sei denn, daß die Androhung unthunlich ist.

Dem Schuldner steht grundsätzlich nicht das Recht zu, sich des Leistungsgegenstandes zu entäußern, ihn preiszugeben. Eine Ausnahme hiervon macht § 303 für Grundstücke. Die Bestimmung ist von der Kom. f. d. II. Les. des Entw. (§ 257) mit Rücksicht darauf hinzugefügt worden, daß Hinterlegung (§ 372) oder Selbsthülfe-Verkauf (§ 383) nur bei beweglichen Sachen stattfindet. (Reatz I S. 126.)

§ 304. Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte.

Abweichend vom Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 102, 103, 940 und vom Sächs. B. G. B. § 750 gewährt das B. G. B. dem Schuldner nicht einen Anspruch auf Ersatz des durch den Verzug des Gläubigers entstandenen Schadens; nur die in Folge dieses Verzugs von ihm gemachten Aufwendungen kann er ersetzt verlangen, und steht ihm deshalb auch das Zurückbehaltungsrecht (§ 273) zu. Diese Beschränkung der Rechte des Schuldners beruht auf der Erwägung, daß nach dem B. G. B. der Gläubiger als solcher zur Annahme nicht verpflichtet ist und auch ohne Verschulden in Verzug kommen kann. (Mot. II S. 76.)

Zweiter Abschnitt.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel.

Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Betheiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

1. Die Grundlage des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bildet die Zuverlässigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die Gebundenheit an die gemachte Zusage, an das Versprechen. Sehr mit Recht hat daher das B. G. B. § 145 im Anschluß an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 77 ff, 90 ff. und an das H. G. B. Art. 319, abweichend vom gem. Recht — bereits den Vertrags-Antrag, die Offerte, das darin liegende Versprechen, für bindend, nicht ohne weiteres widerruflich erklärt; wird der Antrag rechtzeitig angenommen, so entsteht durch diese Willens-Einigung ein Vertrag, der die Verpflichtung zur Erfüllung des Versprochenen begründet. Für die Vertragsannahme hat aber das B. G. B. nicht — wie das Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 90 ff.) — bestimmte feste Fristen vorgeschrieben, vielmehr (§ 147 Abs. 2) in unbestimmter, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum lassender Weise für den Fall des Mangels einer vom Antragenden gesetzten Annahmefrist angeordnet:

„Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf."

Streitigkeiten und Prozesse mit unsicherem Ausgange über die Rechtzeitigkeit der Vertragsannahme können hiernach nur dadurch abgeschnitten werden, daß der Antragende für die Vertragsannahme eine (nach § 148 dann maßgebende) Frist bestimmt.

2. Dem Grundsatze des Röm. und gem. Rechts über die Unverbindlichkeit von Vertragsanträgen (Offerten) entspricht der Satz:

Aus einem einseitigen nicht angenommenen Versprechen entsteht eine Verbindlichkeit nicht.

Diesen Satz enthielt der II. Entw. § 310. In der Revisionslesung dieses Entw. wurde der Gedanke nicht negativ, sondern in positiver Form, in der Fassung des jetz. § 305 zum Ausdruck gebracht.

Einige Ausnahmen von diesem Grundsatze hatte schon das Röm. bezw. gem. Recht für Fälle, in denen nach den damaligen Verhältnissen ein praktisches Bedürfniß hierfür hervorgetreten war, festgesetzt, indem nämlich das Versprechen (pollicitatio) zu Gunsten einer Gemeinde, ferner das Gelübde (votum) zum Besten der Kirche oder einer milden Stiftung und die öffentliche Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung (Auslobung) für rechtsverbindlich erklärt wurde. Das B. G. B. hat außer bei der Auslobung (§ 675) auch noch bei Stiftungen (§ 82) und bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793) die Rechtsverbindlichkeit des einseitigen Versprechens ausnahmsweise anerkannt.

Nach dem B. G. B. ist also der Offerent nicht an seine Offerte gebunden „bei den im gewöhnl. Verkehre täglich vorkommenden Anerbietungen zum Verkaufen oder Kaufen, zum Vermiethen oder Miethen, zu Dienst- oder Arbeitsleistungen gegen bestimmtes Entgelt, bei den mit Preisangabe versehenen Ankündigungen von Reise- und Transportgelegenheiten, Kunstgenüssen, Lustbarkeiten u. s. w." (Mot. I S. 166.) — Es kann auch nicht einmal Ersatz der mit Rücksicht auf die betr. Offerte gemachten Auslagen gefordert, also z. B. nicht Erstattung der Kosten der zum Besuch einer angekündigten, in Folge Verschuldens des Unternehmers aber unterbliebenen Theater-Vorstellung gemachten Reise verlangt werden. Andererseits kann auch der Offerent den Vertragsabschluß einzelnen Personen gegenüber nach seinem Belieben verweigern, selbst wenn er die angekündigte Leistung für andere Personen gewährt; es kann also z. B. ein Theaterdirektor gewisse Personen (z. B. Recensenten) vom Besuch der Vorstellung zurückweisen u. s. w. — Vgl. auch H. G. B. Art. 337.

(In der R. T. Kommission ist nach dem Bericht S. 37 die Frage nicht erörtert worden.)

§ 306. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

1. In § 306 wird eine von Anfang an bestehende objektive Unmöglichkeit der Leistung vorausgesetzt, wenn es sich z. B. um nach der Natur der Dinge dem Verkehr entzogene Gegenstände handelt. Vergl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 4 § 5, Tit. 5 § 58 fl., Tit. 11 § 39, code civil art. 1128. Für den Fall nachträglicher Unmöglichkeit gelten § 275 f.

Liegt nur eine theilweise Unmöglichkeit vor, so kommt die allgem. Bestimmung des § 139 zur Anwendung, wonach bei der Nichtigkeit eines Theils des Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, „wenn nicht anzunehmen ist, daß es ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde". Letzteren Falls hat bei gegenseitigen Verträgen eine entsprechende Minderung der möglich gebliebenen Gegenleistung einzutreten. — Vgl. § 307 Abs. 2.

2. Der dem § 306 entsprechende § 344 des I. Entw. erklärte auch die Verträge für nichtig, welche auf eine „durch Gesetz verbotene" oder gegen die guten Sitten verstoßende Leistung gerichtet sind. Die Bestimmung wurde hier fortgelassen, da sie nach der allg. Vorschrift der §§ 134, 138 über die Nichtigkeit der gesetzlich verbotenen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte entbehrlich ist.

§ 307. Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Theil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Theil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur theilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Theiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.

1. In § 307 ist der Grundsatz anerkannt, daß auch ein Verschulden beim Abschluß nichtiger Verträge, bei den Verhandlungen über solche Verträge eine Schadenersatzpflicht begründe.

Es ist nach § 306 nicht ausgeschlossen, daß in einem auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag unter Umständen ein Garantie-Versprechen gefunden wird; in diesem Falle ist dann für das volle Interesse, für das Erfüllungsinteresse zu haften. Diese Ansicht wurde auch in der Komm. f. d. II. Entw. gegenüber einem auf Streichung des § 259, jetzt 306, gerichteten Antrage geltend gemacht. (Reatz I S. 127.)

Dagegen hat das B. G. B. die in der gemeinrechtlichen Doctrin nach dem Vorgange Ihering's[1]) vertretene Auffassung abgelehnt, daß das Versprechen einer unmöglichen Leistung an und für sich wie ein Garantie-Versprechen zu betrachten und zu behandeln sei, daß der über die betreffenden Verhältnisse sich irrende Versprechende sich auf eigene, nicht auf der Gegenpartei Kosten irre. (Vgl. Reatz I S. 128 f.)

2. Der Ersatzanspruch nach § 307 geht aber — anders, als bei gültigen Verträgen — nur auf Ersatz des Schadens, den der Abschluß des Vertrages an und für sich

---

[1]) Culpa in contrahendo, in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik des heut. röm. u. deutsch. Privatrechts, Bd. IV (1861) S. 39.

der Gegenpartei des Versprechenden verursacht hat; die Gegenpartei kann nicht den der (unmöglichen) Vertragsleistung, der Vertragserfüllung entsprechenden Schaden, das Erfüllungs-Interesse ersetzt verlangen, also insbesondere nicht Ersatz des Gewinnes, den sie im Fall der Gültigkeit des Vertrages (durch Weiterverkauf 2c.) hätte erzielen können, vielmehr sollen nur die nachtheiligen Folgen, die der Vertragsabschluß veranlaßte, beseitigt werden; nur das Interesse am Nicht-Abschluß des Vertrages, das nach Ihering's Vorgange (a. a. O. S. 16) sogenannte negative Interesse kann geltend gemacht, insbes. also Ersatz von Vertrags-, Stempel- und Verhandlungskosten u. dergl. gefordert werden, daneben aber auch der in Folge des Vertrags entgangene, bezw. verabsäumte anderweite Gewinn, z. B. der Verdienst, den die Partei sonst durch anderweite Verwendung ihrer Arbeitskraft hätte erzielen können.

Das negative Interesse kann unter Umständen die Höhe des positiven, des Erfüllungs-Interesses erreichen; günstiger aber als im Fall der Gültigkeit des Vertrags soll der Natur der Sache gemäß die Gegenpartei auf keinen Fall gestellt sein (§ 307 Abs. 1).

3. „Die Frage, ob die Haftung im Fall des § 307 eine Haftung aus Delikt oder wegen Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten" ist, hat das G. B. G. nicht entschieden, obwohl diese Frage, wie die Mot. II S. 179 anerkennen, „praktisch nicht unwichtig" ist. Auch hier, wie beim Abschluß gültiger Verträge (vgl. die Bemrk. zu § 297), ist aber ein Verschulden beim Vertragsabschluß als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu betrachten; es ist also anzunehmen, daß der Schadensersatzanspruch aus § 307 der ordentl. Verjährung unterliegt, nicht der in § 852 für die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen festgesetzten Verjährung.[1])

4. Bezügl. des § 307 Abs. 2 vgl. § 262.

§ 308. Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird.

Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird.

Die Unmöglichkeit der Leistung kann, — wie auch das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 51, 52 unterscheidet, — eine absolute oder bedingte (hypothetische) sein. Letzteren Falls erklärt das Preußische Recht (§ 57 a. a. O.) den Vertrag, entsprechend dem Interesse an thunlichster Aufrechterhaltung der Verträge, für gültig, wenn die bedingte Unmöglichkeit bis zu der zur Vertrags-Erfüllung bestimmten Zeit aufhört. Nach dem B. G. B. (§ 306) ist dagegen auch ein Vertrag über eine bedingt (nicht dauernd) unmögliche Leistung nichtig; die Parteien können aber auch über eine solche Leistung für den Fall der Beseitigung der Unmöglichkeit einen (dann als suspensiv (aufschiebend) bedingt zu betrachtenden) Vertrag rechtsgültig abschließen (§ 308 Abs. 1). Für die Frage der Unmöglichkeit der Leistung ist also die Zeit der Errichtung des Vertrags der Regel nach maßgebend; eine Ausnahme hiervon bestimmt § 308 Abs. 2.

§ 309. Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung.

---

[1]) Derselben Ansicht ist Ebert in der Anmerk. 1 zu § 262 der Ausg. des B. G. B. von Fischer und Henle.

Auf gegen die guten Sitten verstoßende und deshalb nach § 134 nichtige Verträge beziehen sich die §§ 307, 308 nicht.

§ 310. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig.

1. Ein Vertrag über die Uebertragung des ganzen künftigen Vermögens „verstößt gegen die öffentliche Ordnung, welche nicht zuläßt, daß Jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähigkeit begiebt und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerbe verliert" (Mot. II S. 186). Aehnlich verhält es sich mit einem auf die Uebertragung einer Quote des künftigen Vermögens gerichteten Vertrage, sowie mit der Bestellung eines Nießbrauchs am künftigen Vermögen oder einer Quote desselben. (Mot. a. a. O.)

2. Das Verbot des § 310 bezieht sich — abgesehen von Ehe- und Erbverträgen — auf alle, auch entgeltliche Verträge des geb. Inhalts, insbes. auch auf Gesellschaftsverträge, sowie auf Verträge, in denen eine Leibrente, Unterhalt oder ein Leibgedinge als Gegenleistung versprochen wird. (Mot. II S. 187.) Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 17 §§ 176, 178 gestattet unter anderen Personen als Eheleuten nur eine allgemeine Gemeinschaft des Erwerbes, welche nur durch gerichtlichen Vertrag eingegangen werden kann.

§ 311. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Ob ein Vertrag über das gegenwärtige und künftige Vermögen ganz ungültig oder bezüglich des gegenwärtigen Vermögens gültig ist, bestimmt sich nach dem Grundsatze des § 139. Vgl. Bemrk. zu § 306.

§ 312. Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichttheil oder ein Vermächtniß aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder den Pflichttheil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

1. Im Anschluß an das im größten Theile des Deutschen Reichs geltende Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I. Tit. 11 § 446) erklärt § 312 Abs. 1 allgemein — entgeltliche und unentgeltliche — Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten für nichtig und zwar, abweichend vom Röm. Recht (l. 30 C. de pactis 2, 3) selbst dann, wenn der Dritte zugestimmt hat. Das Verbot rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die Mißstände, zu welchen solche Verträge bei der Unsicherheit des Erbanfalls und der Erbtheils-Größe und bei der dadurch gebotenen Möglichkeit der Spekulation auf Noth und Leichtsinn führen können.

2. Eine Ausnahme von dem Verbote macht zu Gunsten der gesetzlichen Erben die erst in den II. Entw. § 264 Abs. 2 aufgenommene Bestimmung des § 212 Abs. 2. Die Gestattung der Auseinandersetzung zwischen künftigen gesetzlichen Erben entspricht einem praktischen Bedürfniß; auch sind hier Mißstände, wie sie sonst Verträge über eine künftige

Erbschaft herbeiführen können, weit weniger zu befürchten. Die Vorschrift entspricht im Wesentl. dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 12 § 649, es tritt aber nicht, wie nach letzterem, der eine Theil in das gesetzliche Erbrecht des andern Theils ein, vielmehr hat nach dem B. G. B. § 312 Abs. 2 der abfindende Erbe nur einen obligatorischen Anspruch auf den Erbtheil des Abgefundenen (vgl. Reatz I S. 131).

§ 313. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach giltig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

1. Die Vorschrift des § 313 Satz 1 weicht vom jetzigen Rechtszustande ab. Nach gem. Recht sind Verträge über die Veräußerung eines Grundstücks formfrei, das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 10 §§ 15 ff., Tit. 11 § 75 und das Sächs. B. G. B. § 822 begnügen sich, wie die meisten neueren Gesetze, mit einfacher Schriftlichkeit. Ein in der R. T. Kommission gestellter Antrag, auch im B. G. B. die schriftliche Form zur Gültigkeit der geb. Verträge für ausreichend zu erklären, wurde abgelehnt, indem dagegen geltend gemacht wurde, durch die erforderte gerichtliche oder notarielle Beurkundung sollten übereilte Verträge verhindert werden, „namentlich die in manchen Gegenden so bedenklich wirkenden Wirthshausgeschäfte" (Kom. Ber. S. 37).

2. Die praktische Bedeutung der geb. Formvorschrift wird aber nicht unerheblich dadurch abgeschwächt, daß der Formmangel nach § 313 Satz 2 -- gleichwie nach § 10 des Preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. vom 5. Mai 1872 — durch die Auflassung geheilt wird. Es war hiernach in der Komm. f. d. II Les. des Entw. und in der R. T. Kommission die Streichung dieser Bestimmung beantragt worden; der Antrag wurde aber abgelehnt. Vgl. Reatz I S. 131, Ber. der R. T. Komm. S. 37.

Die Fälle, in denen nur die Auflassung ohne vorgängige schriftliche Vertragsaufnahme erfolgt, sind schon jetzt im Geltungsbereiche des Ges. v. 5. Mai 1872 bei Veräußerung kleiner ländlicher Grundstücke bezw. Parcellen nicht selten. Mit Rücksicht auf die erfahrungsmäßig dann vielfach entstehenden Streitigkeiten und Processe wird es sich sehr empfehlen, daß die Vertragschließenden, wenn sie die Kosten ꝛc. eines gerichtlichem oder notariellen Vertrags vermeiden wollen, wenigstens einen privatschriftlichen Vertrag als Beweismittel für die betr. Vereinbarungen aufnehmen.

Unberührt bleiben übrigens nach Art. 142 des Einf.-Ges. z. B. G. B. die landesgesetzl. Vorschriften, wonach Veräußerungsverträge über die im betr. Bundesstaate liegenden Grundstücke (§ 313) außer vor den Gerichten und Notaren auch vor andern Behörden (insbes. Gemeindebehörden) oder Beamten verlautbart werden können.

3. a. Durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erlangt der nicht formgemäße Vertrag seinem ganzen Inhalt nach Gültigkeit, wie er zur Zeit der Auflassung unter den Vertragschließenden besteht, mit allen neben oder nach dem etwaigen formgemäßen Vertrage getroffenen Vereinbarungen. (Mot. II S. 191, Reatz I S. 135.)

b. Andererseits erstreckt sich vor erfolgter Auflassung das Formerforderniß des § 313 auf alle Vertragsbestimmungen dergestalt, daß, wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit 5 § 127, nur die formgemäß getroffenen Vereinbarungen gültig sind. Es sind also zuvörderst solche Verträge nicht rechtsverbindlich, in denen nicht sämmtliche nach der Natur des betr. Geschäfts wesentlichen Bestimmungen in der vorgeschriebenen Form und dem Vertragswillen der Parteien entsprechend festgesetzt sind. Dies ist

insbes. der Fall, wenn der Kaufpreis im Vertrage anders als verabredet niedergeschrieben, z. B., wie es häufig geschieht, Zwecks Ersparung von Kosten und Stempel zu niedrig angegeben ist, oder wenn das Verkaufsobjekt unrichtig, bezw. unvollständig bezeichnet ist, z. B., wie es auch manchmal vorkommt, beim Verkaufe ländlicher Grundstücke oder Parcellen, welche mehrere Grundbuch-Nummern haben, der niedergeschriebene Vertrag sich nicht auf sämmtliche verkaufte Flächen bezieht.

c. Betreffs unwesentlicher Punkte bestimmt das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 128, 129, daß „vorgeschützte mündliche Nebenabreden" nicht zu berücksichtigen sind, daß vielmehr in der Vertragsurkunde nicht enthaltene „Nebenbestimmungen" über Art, Ort oder Zeit der Erfüllung oder über andere Maßgaben „von dem Richter lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden" sollen.

Das B. G. B. enthält über diesen praktisch sehr wichtigen Punkt keine Bestimmung. (Vgl. Mot. I S. 184.) Die Anwendung der allgemeinen gesetzlichen Grundsätze führt zu folgenden Ergebnissen:

aa. Stehen die schließlichen mündlichen Nebenbestimmungen mit dem Inhalte der Vertragsurkunde in Widerspruch, ist also in dieser Hinsicht der Vertrag anders niedergeschrieben, als verabredet[1]), so gilt das schriftlich Fixirte nicht, weil es nicht gewollt ist, und das mündlich Vereinbarte ist wegen Formmangels unverbindlich; es ist dann also eine die mangelnde formgemäße Vereinbarung ergänzende Entscheidung vom Richter nach Maßgabe der Gesetze zu treffen. Dies ist auch für den Fall anzunehmen, wenn nicht formgemäße Verabredungen zusätzlich neben dem formgemäßen Vertrage vereinbart sind.

bb. An und für sich unwesentliche Punkte können aber für den Vertragswillen der Parteien so erheblich sein, daß ohne eine Vereinbarung darüber der Vertrag nicht zu Stande gekommen sein würde. Ist in solchen Fällen die betr. Vereinbarung nicht formgemäß getroffen, so ist der ganze Vertrag nichtig, da nicht hinsichtlich des gesammten nach dem Vertragswillen der Parteien wesentlichen Vertragsinhalts dem Formerforderniß genügt ist. Hier greift nun praktisch erheblich die Vorschrift des § 139 ein, wonach ein zum Theil nichtiges Rechtsgeschäft überhaupt als nichtig angesehen wird, „wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde". Letzteres muß also im Fall des Streits und Zweifels erwiesen werden, und ein solcher Beweis wird oft recht schwer oder garnicht zu erbringen sein. (Vgl. auch § 155.)

4. Bezüglich der Einflußlosigkeit der Erfüllung nicht formgemäßer Verträge auf deren Gültigkeit vgl. die Bemerk. zu § 518.

§ 314. Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

1. Die Auslegungsregel des § 314 schließt sich dem bish. Recht an (vgl. A. L. R. Th. I Tit. 2 §§ 105, 107). Die Bestimmung rechtfertigt sich im Hinblick auf die wirthschaftliche Bedeutung der Nebensache für die Hauptsache; es ist hiernach, wenn nichts anderes erklärt wird, anzunehmen, daß nach dem Willen der Betheiligten der betr. Vertrag sich auf die Hauptsache und auf deren Zubehör erstrecken soll.

2. Der dem § 314 entsprechende § 790 des I. Entw. lautete dahin:

---

[1]) Nachträgliche mündliche Nebenabreden sind neben dem formgemäß abgeschlossenen Vertrage nicht zu berücksichtigen.

„Das eine Sache betreffende Rechtsgeschäft unter Lebenden erstreckt sich im Zweifel auch auf diejenigen Sachen, welche zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäftes Zubehör jener Sache sind".

Bei der Berathung des II. Entw. wurde beantragt, die Bestimmung nicht auf die zur Zeit des Abschlusses des betr. Rechtsgeschäfts vorhandenen Zubehörstücke zu beschränken, denn bei Verträgen über ländliche Grundstücke gehe, wenn die Uebergabe erst später erfolgen solle, die regelmäßige Willensmeinung der Parteien dahin, daß das zur Zeit der Uebergabe vorhandene Inventar Gegenstand des Vertrags sein solle. Die Mehrheit der Kommission hielt es dagegen für das natürlichste, den Bestand des Zubehörs zur Zeit des Vertragsabschlusses als Gegenstand des Vertrags zu bezeichnen; hiermit sei aber, so wurde dabei ausgeführt, keineswegs gesagt, daß gerade dieselben Zubehörstücke, die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden waren, zu übergeben seien; dem zur Uebergabe Verpflichteten sei es selbstverständlich unbenommen, auch nach dem Vertragsschlusse über Zubehörstücke noch zu verfügen, soweit eine solche Verfügung den wirthschaftlichen Zwecken der veräußerten Sache diene; ebenso erstrecke sich der Vertrag auf die Zubehörstücke, die in Ergänzung des regelmäßigen Abgangs zu dem Bestande hinzutreten [1]. (Reatz I S. 402 f.)

Die erwähnte Ansicht der Mehrheit der Komm. für die 2. Lesung des Entw. hat zwar im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden; es wird aber das danach angenommene gewöhnlich als das dem Vertragswillen der Parteien entsprechende anzusehen sein.

3. Bei § 314 kommt mit in Betracht, daß nach dem B. G. B. § 97 die Zubehör-Eigenschaft einer Sache nicht, — wie im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 2 §§ 60, 108 — davon abhängig gemacht ist, daß die Sache dem Eigenthümer der Hauptsache gehört. Es sind also bei Verträgen des in § 314 gedachten Inhalts auch die thatsächlich zum Zubehör gehörenden Sachen als mitveräußert zu betrachten. Wenn z. B. ein Ehemann ein Grundstück verkauft, so sind auch diejenigen dort als solche benutzten Inventarienstücke als mitverkauft zu betrachten, welche etwa seiner mit ihm in getrennten Gütern lebenden Ehefrau gehören; dem Käufer ist von diesem Eigenthums-Verhältniß, wenn die Sachen nicht als mitverkauft gelten sollen, Mittheilung zu machen. Zu demselben Ergebniß führen aber auch die Bestimmungen des Preuß. A. L. R. (vgl. insbes. Th. I Tit. 11 §§ 83 f.).

§ 315. Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile.

Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Theil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urtheil getroffen; das gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

1. Ist der Vertragsgegenstand garnicht zu bestimmen oder die Bestimmung desselben oder die Erfüllung des Vertrages lediglich der Willkür des Verpflichteten überlassen, so ist der Vertrag wegen Mangels eines wesentlichen Bestandtheils desselben — wie das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 71 noch ausdrücklich besagt — nichtig. Anders verhält es sich da-

---

[1]) Das Sächs. B. G. B. § 66 bestimmt allgemein, daß rechtliche Verfügungen über eine Sache sich ohne weiteres auf deren Zubehörungen erstrecken, „selbst wenn letztere nach der Verfügung zur ersteren gekommen sind."

gegen, wenn nicht lediglich Willkür, sondern das Ermessen des einen der Vertragschließenden für die Bestimmung der Vertragsleistung maßgebend sein soll, also die Verpflichtung an und für sich übernommen ist. Dies ist nach der Auslegungsregel des § 315 („im Zweifel") anzunehmen, wenn die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden soll. Die Bestimmung ist dann nach billigem Ermessen (arbitrium boni viri) zu treffen.

2. Wird die Bestimmung verzögert oder von der Gegenpartei für unbillig gehalten, so erfolgt die Entscheidung darüber, welche Leistung der Billigkeit entspricht, durch Urtheil, und zwar der Regel nach in dem die Leistung selbst betreffenden Processe; es kann aber auch deshalb eine besondere Feststellungsklage angestellt werden, wenn deren processuale Voraussetzungen (C. P. O. § 231) vorliegen. Der I. Entw. § 353 wollte dagegen vorschreiben, daß in den geb. Fällen eine besondere Klage auf Bestimmung der Leistung anzustellen sei; diese Vorschrift ist im II. Entw., wie erwähnt, geändert. Mot. II. S. 192 f., Reatz I S. 136.

3. Das in § 315 gedachte Urtheil kann auch ein schiedsgerichtliches sein, wenn die Parteien sich hierauf vereinigen (Mot. II. S. 192).

§ 316. Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Theile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.

1. Die Bestimmung des § 316 gilt nicht bei Dienstverträgen (§ 612), Werkverträgen (§ 632) und Mäklerverträgen (§ 653); bei diesen Verträgen ist vielmehr, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, die taxmäßige und Mangels einer Taxe die übliche Vergütung zu gewähren.

2. Die Auslegungsregel des § 316 findet nur dann Anwendung, wenn der Umfang der Gegenleistung garnicht, auch nicht stillschweigend bestimmt ist. Dies wurde auch in der Komm. f. d. II. Entw. gegenüber der Ansicht, daß die Vorschrift der regelmäßigen Parteiabsicht nicht entspreche, mit der Ausführung geltend gemacht, eine stillschweigende Bestimmung werde, wenn für die Gegenleistung ein objektiver Maßstab (wie Marktpreis, Börsenpreis, Taxen, ortsüblicher Preis) bestehe, regelmäßig anzunehmen sein; fehle es aber an einem solchen Maßstabe, oder lasse derselbe einen Spielraum zwischen einem Mindest- und Höchstbetrage, so entspreche die Bestimmung der Gegenleistung nach billigem Ermessen des Berechtigten der regelmäßigen Parteiabsicht. (Reatz I. S. 136 f.)

3. Wird die von der dazu berechtigten Partei getroffene Bestimmung von der Gegenpartei für unbillig gehalten, so erfolgt die Festsetzung des Umfangs der Gegenleistung gemäß § 315 durch Urtheil.

§ 317. Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Uebereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend.

Nach Röm. Recht (l. 25 pr. D. locati, 19, 2) und nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 72, 73 wird, wenn die Bestimmung der unbestimmt übernommenen Verbindlichkeit einem Dritten (arbitrator) überlassen ist, der Vertrag erst fertig, perfekt, wenn der Dritte die Bestimmung trifft. Das B. G. B. unterscheidet dagegen, ob die Bestimmung dem freien

Belieben oder dem billigen Ermessen des Dritten überlassen ist. Nur in ersterem Falle erklärt das B. G. B. den Vertrag für unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert (§ 319 Abs. 2). Es wurde nämlich für diesen Fall von der Komm. f. d. II. Entw. angenommen, daß die Parteien gerade auf die Bestimmung dieses Dritten entscheidendes Gewicht legten. Soll dagegen der Dritte die ihm überlassene Bestimmung — wie im Zweifel anzunehmen ist, — nach billigem Ermessen treffen (§ 317), z. B. bei Versicherungsverträgen den betr. Schaden feststellen, so geht das B. G. B. davon aus, daß die Entscheidung des Dritten nicht zur Bedingung der Wirksamkeit des Vertrags gemacht sein sollte; es tritt hier also, wenn der Dritte die Bestimmung nicht trifft, richterliche Entscheidung ein (§ 319 Abs. 1). (Reatz I S. 138.)

§ 318. Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden.

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrthums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Theil. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn dreißig Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist.

1. Seiner Vertrauensstellung gemäß hat der Dritte die ihm überlassene Bestimmung in Person zu treffen. (Mot. II S. 194.) Die Vorschrift, daß diese Bestimmung nur einem der Vertragschließenden gegenüber erklärt zu werden braucht, dient zur wünschenswerthen Beschleunigung und Vereinfachung.

2. Die Vorschrift des Abs. 2 des § 318 ist erst in den II. Entw. aufgenommen worden. — Da der Ausspruch des Dritten nicht die Bedeutung eines Urtheils, bezw. Schiedsspruchs hat, sondern der Dritte nur an Stelle der Parteien den Vertragsinhalt ergänzen soll, so kann die von ihm getroffene Bestimmung nicht durch ein dagegen gerichtetes Rechtsmittel, sondern nur durch eine gegen den andern Vertragschließenden zu richtende Klage in den Fällen des § 318 Abs. 2, sowie in denen des § 319 angefochten werden. Die Gründe der Anfechtung hat der Anfechtende zu beweisen.

§ 319. Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil; das gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

1. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 48, 49 müssen bei Kaufgeschäften die Parteien sich dem Ausspruche des Dritten „unterwerfen", dessen „Gutfinden" die Bestimmung des Kaufpreises überlassen ist; nur wenn einer oder der andere Theil den Dritten durch Betrug zu seinem Ausspruch bestimmt hat, ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten und der Betrüger zur Leistung des Interesse verpflichtet. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 806 kann der Ausspruch des oder der mehreren Dritten nur „wegen auf Absicht oder auf grober Fahr-

lässigkeit beruhender Unbilligkeit angefochten werden". — Die Vorschrift des § 319 Satz 1 entspricht dem Franz. Recht (code civil art. 1584).

2. Ob und wann eine Verzögerung des Ausspruchs des Dritten vorliegt, darüber ist nach den Umständen des einzelnen Falles vom Richter zu entscheiden.

3. „Der die Bestimmung nicht anerkennende Theil hat die Unbilligkeit zu beweisen" — so bestimmte der I. Entw. § 357 noch ausdrücklich. Der Satz wurde im II. Entw. gestrichen; eine sachliche Aenderung ist aber damit nicht beabsichtigt.

4. Vgl. im Uebrigen die Bemerk. zu § 317 und Bemerk. 2 zu § 318.

Zweiter Titel.

Gegenseitiger Vertrag.

§ 320. Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an Mehrere zu erfolgen, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Theil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.

Ist von der einen Seite theilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Theiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

1. Im Anschluß an das gem. und Preuß. Recht geht das B. G. B. bei gegenseitigen Verträgen von dem Grundsatze aus, daß, wenn der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der andere Theil nicht — wie dies das Franz. Recht (code civil art. 1184) bestimmt, — einseitig vom Vertrage abzugehen befugt ist. Der dies noch ausdrücklich besagende § 360 des I. Entw. ist als selbstverständlich im II. Entw. gestrichen worden (Reatz I S. 138).

2. Als Regel ergiebt sich aus § 320 der dem Wesen gegenseitiger Verträge entsprechende Grundsatz, daß diese Verträge wechselseitig zu gleicher Zeit — Zug um Zug — zu erfüllen sind; wer die ihm geschuldete Leistung verlangt, hat daher nur dann vorzuleisten, wenn er besonders hierzu verpflichtet ist; andererseits genügt es aber auch nicht, daß er zur Bewirkung der ihm obliegenden Gegenleistung — wie das Sächs. B. G. B. § 859 nur erfordert, — bereit ist, bezw. sich dazu erbietet, vielmehr ist, wenn auf die betr. Leistungs-Klage der Gegner die vom Kläger seinerseits nicht, bezw. nicht gehörig erfolgte Vertrags-Erfüllung einwendet (exceptio non impleti resp. non rite impleti contractus), der Beklagte nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurtheilen (§ 322 Abs. 1); die Wirkung der Einrede ist also andererseits in der Regel auch nicht die Abweisung der Klage zur Zeit.

3. Handelt es sich um eine an Mehrere (z. B. Erben) zu bewirkende Leistung (Zahlung ꝛc.), so ist es als Absicht der Vertragschließenden zu betrachten, daß die Leistung, auch wenn sie an und für sich theilbar ist, doch nur einheitlich zu erfolgen hat, so daß der Einzelne seinen Theil nicht gegen antheilsweise, sondern nur gegen vollständige Gewährung der Gegenleistung verlangen kann (§ 320 Satz 2), sofern der in Anspruch genommene nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. — Die Bestimmung ist aber nur dispositiver Natur; sie findet also nicht Anwendung, wenn dem Vertrage zufolge antheils-

weise Erfüllung gegen antheilsweise Bewirkung der Gegenleistung verlangt werden kann (Mot. II S. 202).

4. Das Recht auf Verweigerung der Leistung nach Maßgabe der §§ 320 f. kann als Zurückbehaltungsrecht im weitern Sinne betrachtet werden; vom Zurückbehaltungsrechte im Sinne des § 273 unterscheidet sich aber das Recht nach § 320 dadurch, daß es unbeschränkt ist, nicht durch Sicherheitsleistung (§ 273 Abs. 3) in seiner Ausübung abgewendet werden kann, und daß es auch im Konkurse (vgl. § 15 der Konk.-Ordn.) nicht unwirksam ist.

5. Das Recht nach § 320 ist gleichmäßig begründet, sowohl „wenn die Gegenleistung quantitativ unvollständig, als wenn sie qualitativ nicht vertragsmäßig ist; auch letzterenfalls wäre nicht die geschuldete Gegenleistung bewirkt (sog. exc. non rite adimpleti contractus)" (Mot. II S. 202, 203). — Vgl. auch Bemrk. zu § 363.

Der Verpflichtete darf aber nicht immer die ganze ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, vielmehr kann er nur einen der rückständigen Gegenleistung entsprechenden Theil der Leistung einbehalten. Auf diesem der Natur der Sache und der Billigkeit gemäßen Grundsatze beruht die erst in den II. Entw. aufgenommene Bestimmung des § 320 Abs. 2. Vgl. auch § 242.

6. Die Vorschriften der §§ 320—327 kommen nach § 440 insbesondere bei Kaufverträgen zur Anwendung, wenn der Verkäufer seine Verpflichtungen (§§ 433—437) nicht erfüllt. Ferner erklärt § 348 die Vorschriften der §§ 320 und 322 für entsprechend anwendbar bei Erfüllung der Verpflichtungen der Parteien, welche sich bei Ausübung des contractlich vorbehaltenen Rechts zum Rücktritt von einem Vertrage ergeben.

7. Der wegen einer vorzuleistenden Forderung, z. B. wegen rückständigen Kaufgeldes für ein Grundstück Verklagte kann nicht mit Erfolg Zwecks Einbehaltung der Forderung geltend machen, daß ihm eine inzwischen nachträglich fällig gewordene Gegenforderung, z. B. wegen Löschung im betr. Kaufvertrage nicht mitübernommener Hypothekenposten zustehe; das Recht des Klägers auf Vorleistung wird dadurch nicht beeinträchtigt. (Es können z. B. die anzuzahlenden Kaufgelder vom Verkäufer als Mittel zur Berichtigung der betr. Hypotheken bestimmt sein.) Vgl. Urth. des R. G. vom 25. Februar 1884, Gruchot, Beiträge Bd. 28, S. 924.

§ 321. Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

1. Die Bestimmung des § 321 ist als der Billigkeit und den Anschauungen des Verkehrs entsprechend in den II. Entw. (§ 272) aufgenommen worden. Es ist dabei (vgl. Reatz I S. 140) die Vorschrift des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 656, 657 berücksichtigt worden, wonach der auf Hergabe eines versprochenen Darlehns Verklagte „mit dem Einwande der veränderten Umstände (vgl. unten Bemk. 2) sich schützen", namentlich geltend machen kann, daß „nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird."

2. Im gem. Recht galt lange Zeit, in allerdings nicht zutreffender Weise aus dem Röm. Recht hergeleitet, die auch noch zur Zeit der Redaktion des Preuß. A. L. R. weit verbreitete Ansicht, alle Verträge seien als unter Voraussetzung einer Nicht-Aen-

derung der Umstände, unter der Klausel: „rebus sic stantibus" abgeschlossen anzusehen. Das Preuß. A. L. R. hat den an und für sich durchaus berechtigten Grundgedanken dieser Auffassung aufgenommen, aber nähere Bestimmungen darüber getroffen gegenüber der zu weit gehenden und deshalb die Rechtssicherheit beeinträchtigenden Anwendung, die der Grundsatz in der gemeinrechtlichen Praxis gefunden hatte. „Die clausula rebus sic stantibus ganz mit Stillschweigen zu übergehen, — bemerkt Svarez[1]) — scheint nicht rathsam. An und für sich hat dieselbe in der Natur der Sache ihren vollkommenen Grund und hebt die großen Unbilligkeiten, welche aus einem uneingeschränkten Bestehen auf Erfüllung der Verträge in unzähligen Fällen entstehen." Gegenüber dem Votum des damaligen Oberappellationssenats zu Berlin, der sich gegen die Aufnahme des gedachten Grundsatzes ausgesprochen hatte, bemerkt sodann Svarez, der Senat lege auf die Unverbrüchlichkeit der Verträge einen zu großen Werth, „und wenn man ihm folgen wollte, so würde oft summum jus summa injuria werden." — Das Preuß. A. L. R. Th. I, Tit. 5 § 378 gestattet demgemäß den Parteien das Abgehen von einem noch nicht erfüllten Vertrage, wenn durch unvorhergesehene Veränderung der Umstände, „die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzweckes beider Theile unmöglich gemacht" wird[2]), wenn also namentlich solche Umstände eintreten, welche den Vertrag als in seinem wirthschaftlichen Wesen derart verändert erscheinen lassen, daß, wenn jene Umstände zur Zeit des Vertrages vorhanden gewesen oder von den Parteien vorhergesehen worden wären, der Vertrag nicht geschlossen worden wäre (vgl. Urth. des R. G. vom 15. Novbr. 1879, Entsch. Bd. I S. 109 f.).

Das B. G. B. hat eine Veränderung der Umstände im Allgemeinen nicht als Grund zum Rücktritt vom Vertrage anerkannt, vielmehr nur eine nachträgliche Veränderung (Verschlechterung) der Vermögensverhältnisse des einen Theiles in § 321 und in § 610 (bezüglich des Darlehns-Versprechens) berücksichtigt. Weshalb der in der Praxis durchaus bewährte Grundsatz des Preuß. A. L. R. aufgegeben worden ist, dafür enthalten die Motive (vgl. Bd. II S. 199) keine Begründung. In der R. T. Kommission und im Reichstage ist die Frage garnicht erörtert worden.

Wie überaus verschieden hiernach die Rechtslage nach Preuß. Recht und andererseits nach gem. Recht und nach dem B. G. B. sich gestalten kann, dafür hat die Praxis ein Beispiel gegeben betreffs der Spiritus-Lieferungsgeschäfte, welche vor dem Erlaß des Branntweinsteuergesetzes vom 24. Juni 1887, bezw. vor Stellung der betreffenden Anträge im Reichstage mit einer nach dem 1. October 1887, dem Tage des Inkrafttreten des Gesetzes, beginnenden Lieferungszeit abgeschlossen waren. Nach gem. Recht hatte der Verkäufer die betr. hohe Steuer zu tragen, da er den Spiritus steuerfrei zu liefern und so den Vertrag zu erfüllen hatte. Der Verkäufer wurde also sehr erheblich geschädigt; es waren z. B. bei dem durch das Urtheil des R. G. vom 19. Juni 1888[3]) entschiedenen Falle bei einem Kaufpreise von ca. 85360 M. an Steuer 88000 M. zu entrichten. — Nach Preuß. Recht war dagegen der Verkäufer zufolge der unvorhergesehenen Veränderung der Umstände berechtigt, vom Vertrage abzugehen[4]). — — Von einer „Unmöglichkeit" der Erfüllung kann in solchen

[1]) In der Revision der Erinnerungen (revisio monitorum) zum gedruckten Entwurf des allg. Gesetzbuchs (des späteren A. L. R.).

[2]) Wird durch die Veränderung der Umstände nur der Zweck des einen Theiles ganz vereitelt, so kann er zwar vom Vertrage zurücktreten, er muß aber, wenn die Veränderung in seiner Person sich ereignet hat, den Andern entschädigen. (A. L. R. a. a. O. §§ 380, 381; s. auch §§ 382—384.)

[3]) Entsch. Bd. 21 S. 178 ff., jurist. Wochenschrift für 1888 S. 345.

[4]) Vgl. Urth. des R. G. vom 26. Sept. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 81 ff.

Fällen (das bemerkt auch Svarez a. a. O.) nicht die Rede sein. Auch der übrigens unbestimmte und auch im B. G. B. nicht definirte Begriff: „höhere Gewalt" (vis major) wird hier wenigstens der Regel nach nicht anwendbar sein. Die Motive (II S. 199) bemerken in dieser Beziehung: „Die Ablehnung der clausula rebus sic stantibus schließt jedoch die im Einzelfalle veranlaßte Prüfung nicht aus, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll". — Auf eine gesetzliche Regelung kommt es aber gerade in den Fällen an, wenn die Parteien die Veränderung der Umstände nicht in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen, also nichts darüber vereinbart haben. Nach den Bestimmungen des B. G. B. wird es sich hiernach sehr empfehlen, daß die Parteien in ihren Verträgen (namentlich in Lieferungskontrakten) Bestimmungen für den Fall unvorhergesehener Aenderung der Umstände treffen, (z. B. mit Rücksicht auf Arbeitseinstellungen und deren Folgen, auf eine Aenderung der Steuer- und Zoll-Gesetzgebung ꝛc.).

§ 322. Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Theile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der andere Theil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurtheilen ist.

Hat der klagende Theil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Theil im Verzuge der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen.

Auf die Zwangsvollstreckung findet die Vorschrift des § 274 Abs. 2 Anwendung.

1. Die Zulassung der Klage, bezw. Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug entspricht der bisherigen Praxis, und auch eine Klage auf Leistung nach Empfang der vorzuleistenden Gegenleistung wird wenigstens in der Praxis des Preuß. Rechts nicht beanstandet. Vgl. Bemerk. 2 zu § 320.

2. Um den in Annahme-Verzug befindlichen Schuldner auf einfachem Wege zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu zwingen, ist dem Gläubiger, wie im Fall des § 274 Abs. 2 gestattet, auf Grund eines Urtheils des im § 322 gedachten Inhalts seinen Anspruch gegen den Schuldner ohne Bewirkung der dem letztern zustehenden Gegenleistung im Wege der Zwangsvollstreckung zu verfolgen (§ 322 Abs. 3). Zur Durchführung dieser Bestimmung soll in der C. P. O. (§§ 664, 676a und 684) bestimmt werden, daß der Gläubiger die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung solcher Urtheile ohne weiteres verlangen könne, daß aber der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nicht beginnen dürfe, ohne dem Schuldner die demselben gebührende Leistung in einer den Annahme-Verzug begründenden Weise anzubieten; nur die Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht (C. P. O. § 684) soll vom vorgängigen Beweise der Befriedigung oder des Annahme-Verzugs des Gläubigers abhängig gemacht werden.

3. Macht der Schuldner das Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nicht geltend, so ist er — auch wenn es sich um ein Versäumniß-Verfahren (C. P. O. § 292) handelt — zu der eingeklagten Leistung zu verurtheilen; der Gläubiger braucht nicht von vornherein in der Klage die seinerseits geschuldete Leistung anzubieten oder deren Berichtigung zu behaupten und unter Beweis zu stellen.

Das B. G. B. weicht hier also vom Preuß. Landrecht ab. Nach letzterm (Th. I Tit. 5 §§ 232, 271) gehört zur Begründung (Substantiirung) einer Klage aus einem gegenseitigen

Vertrage die Behauptung, der Kläger habe seinerseits den Vertrag bereits erfüllt, z. B. die Waare dem Beklagten (Käufer) geliefert, oder: der Gegner habe vorzuleisten, oder es muß der Kläger sich wenigstens zu der ihm obliegenden Leistung bereit erklären. Auf Grund einer in dieser Hinsicht mangelhaften Klage kann also nach Preuß. Recht — anders als nach dem B. G. B. — ein Versäumniß-Urtheil nach § 292 der C. P. O. nicht erlassen werden.

§ 323. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Theile obliegende Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Theil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei theilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

Verlangt der andere Theil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Werth des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werthe der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

1. Bei gegenseitigen Verträgen stehen Leistung und Gegenleistung in innerem Zusammenhange, in gegenseitiger Abhängigkeit, so daß, wenn die eine Leistung durch Zufall (bezw. durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand) unmöglich wird, die Gegenleistung nicht beansprucht werden kann oder, falls und soweit sie bereits erfolgt und der Empfänger dadurch bereichert ist, zurückgewährt werden muß.

Der Zeitpunkt aber, bis zu welchem die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung des zu gewährenden Gegenstandes zu tragen ist, ist nach den bisher. Rechten verschieden bestimmt. Nach gem. Recht und nach dem Sächs. B. G. B. (§§ 866, 867, 1013, 1091) hat der Berechtigte der Regel nach die Gefahr bereits von der Zeit des Vertragsabschlusses an zu tragen, bezw. seit der vertragsgemäß erfolgten Ausscheidung (Zuzählung, Zumessung ꝛc.) der aus einer Gattung zu überlassenden Sachen. Nach Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 5 §§ 364—368, Tit. 11 §§ 95, 100) — welches auch hier wie in manchen andern Punkten mit dem ältern Deutschen Recht übereinstimmt — geht die Gefahr erst mit der Vertrags-Erfüllung, bezw. mit der Uebergabe auf den Gläubiger über. Das B. G. B. (§ 323) hat sich sehr mit Recht hier dem Preuß. Recht angeschlossen.

2. Wird die Erfüllung des Vertrags dem einen Theil durch Zufall *völlig* unmöglich, so wird der andere Theil von der Verpflichtung zur Gegenleistung von Rechtswegen, ohne den Rücktritt erklären zu müssen, befreit, der Vertrag wird als aufgehoben angesehen. Im Fall nur *theilweiser* Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der Vorschriften über die Kaufpreis-Minderung bei Mängeln der gekauften Sache (§§ 472, 473) und zwar in dem Verhältniß, in welchem der Werth des noch möglichen Theiles der Leistung zum Werthe der ganzen Leistung *zur Zeit der Vertragschließung* gestanden hat. (Denkschr. S. 48.) — Ein Recht des *Rücktritts* vom Vertrage ist aber im Fall *zufälliger theilweiser* Unmöglichkeit der Leistung den Vertragschließenden, insbes. dem Gläubiger *nicht* gewährt. Es kann jedoch ein solcher Rücktritt der Vertrags-Intention entsprechen, und als „selbstverständlich" ist es mit den Mot. II S. 208 zu betrachten, „daß, wenn in concreto der an sich möglich gebliebene Theil der Leistung auch *nicht mehr als*

Theil der geschuldeten Leistung angesehen werden kann, der Vertrag und demgemäß das Recht auf die Gegenleistung ganz wegfällt".

3. Weitere Bestimmungen über die Tragung der Gefahr enthalten die §§ 446, 447 (für Kaufverträge), § 588 Abs. 1 (für Pachtverträge) und § 644 (für Werkverträge); vgl. auch § 270 (betr. die Uebermittelung geschuldeten Geldes), § 300 (für den Verzug des Gläubigers), § 350 (für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht), § 379 Abs. 2 (für Hinterlegungen) und § 811 Abs. 2 (für Vorlegung von Sachen). — Vgl. auch Bemerk. 2 zu § 243.

§ 324. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Theile obliegende Leistung in Folge eines Umstandes, den der andere Theil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Theile obliegende Leistung in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Theil im Verzuge der Annahme ist.

1. Ist dem Verpflichteten die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Verschulden des andern Theils unmöglich gemacht, so wird er nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 361, Tit. 11 §§ 888, 889, 909, 910, 918 von seiner Verpflichtung frei und kann vom andern Theile Entschädigung verlangen. Die Ersatzleistung hat unter Umständen in der Gewährung der Gegenleistung zu bestehen. Wenn z. B. Jemand sein Grundstück verkauft, um mit dem vom Käufer vor der Uebergabe anzuzahlenden Kaufgelder-Theilbetrage die Aufhebung der eingeleiteten Zwangsversteigerung (Subhastation) des Grundstücks herbeizuführen, der Käufer aber die versprochene Zahlung nicht leistet und das Grundstück demnach versteigert wird, so ist der Käufer verpflichtet, den rückständigen Kaufpreis nach Abzug des Meistgebots dem Verkäufer als Schadensersatz zu zahlen. (Vgl. Urth. des vorm. Ober-Trib. v. 18. August 1848, Entsch. Bd. 17 S. 144.)

Das B. G. B. (§ 324) giebt dagegen im gedachten Falle dem Verpflichteten nicht einen Schadensersatzanspruch, — was zu weit gehend erschien (Mot. II S. 208) — sondern es beläßt ihm nur — wie im gem. Recht — den Anspruch auf die Gegenleistung. Daneben bleibt aber der etwaige Schadensersatzanspruch wegen einer dabei begangenen unerlaubten Handlung bestehen (Mot. a. a. O.).

2. Das B. G. B. nähert sich aber dem Standpunkte des Preuß. Rechts, indem es vorschreibt, daß der Verpflichtete sich auf die ihm zustehende Gegenleistung das anrechnen lassen muß, was er in Folge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben „böswillig" — d. h. wie die Mot. II S. 209 bemerken, „in der Absicht, dem Gläubiger zu schaden" — unterlassen hat.

In der R. T. Kommission wurde beantragt, den diese Anrechnung vorschreibenden 2. Satz des 1. Absatzes des § 324 oder eventuell wenigstens die Worte: „oder zu erwerben böswillig unterläßt" zu streichen. Vom Antragsteller wurde dabei geltend gemacht, die Gestattung der gedachten Anrechnung werde zu einer Quelle der Chikane werden, man werde dem Arbeiter entgegenhalten, daß er sich nicht genügend um Erlangung anderer Arbeit bemüht oder daß er von einer Arbeitsgelegenheit, die ihm vielleicht aus gerechten Gründen ungeeignet erschien, nicht Gebrauch gemacht habe. Demgegenüber wurde ausgeführt, die Anrechnung des anderweit wirklich erzielten Arbeitsverdienstes entspreche durchaus der Ge-

rechtigkeit, da der Arbeiter sonst zweimal für die betr. Zeit Arbeitsvergütung erhielte; aber auch eine Nicht-Anrechnung des böswillig unterlassenen anderweiten Erwerbs würde der guten Treue widersprechen; habe der Arbeiter gerechte Gründe gehabt, die ihm gebotene Arbeitsgelegenheit auszuschlagen, so könne von Böswilligkeit nicht die Rede sein; „besondere Anstrengungen, anderweitig Arbeit zu erhalten", würden ihm durch die Vorschrift des § 324 nicht auferlegt, „nur wenn er ohne gerechten Grund die ihm vom Arbeitgeber oder von anderer Seite gebotene Arbeitsgelegenheit böswillig ausschlage, müsse er sich den dadurch entgangenen Lohn anrechnen lassen und dies entspreche lediglich der Gerechtigkeit." — Die gedachten Anträge wurden hiernach abgelehnt. (R. T. Komm. Bericht S. 37, 38.)

Das Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 11 § 912) bestimmt nur die Anrechnung desjenigen, was der Arbeiter „durch anderweitige Beschäftigungen erworben oder doch zu erwerben erweislich Gelegenheit gehabt hat". Der schwer bezw. nur mit Weiterungen zu führende Nachweis einer böswilligen Absicht des Arbeiters ist hier also nicht verlangt.

3. Die Bestimmung des § 324 Abs. 2 ergiebt sich aus der Vorschrift (§ 300) bezüglich der Haftung des Schuldners während des Annahme-Verzugs des Gläubigers.

§ 325. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Theile obliegende Leistung in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Theil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. Bei theilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.

Das Gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit theilweise nicht bewirkt ist.

1. Wird der einen Partei die aus einem gegenseitigen Vertrage ihr obliegende Leistung in Folge eines von ihr selbst zu vertretenden Umstandes unmöglich, so kann der andere Theil nach seiner Wahl entweder

a) Schadensersatz verlangen oder

b) vom Vertrage zurücktreten oder

c) wie im Fall zufälliger Unmöglichkeit der Leistung (§§ 323, 325 Abs. 1 a. E.) die Gegenleistung verweigern, also, ohne gerade vorher seinen Rücktritt vom Vertrage zu erklären, auch einredeweise auf die Unmöglichkeit der Leistung sich berufen, um den Anspruch des Gegners zu beseitigen; der Gläubiger kann ferner

d) den vom Gegner erlangten Ersatz oder Abtretung seines Ersatzanspruchs verlangen, wobei er zur Vertrags-Erfüllung gemäß § 323 Abs. 2 unter verhältnißmäßiger Minderung seiner Leistung bei nicht zureichendem Werthe des Ersatzes verpflichtet ist.

2. Dieselben Rechte hat der Gläubiger, wenn die Erfüllung zwar nur theilweise unmöglich ist, die theilweise Vertrags-Erfüllung aber für den Gläubiger, — was dieser zu beweisen hat (Mot. II S. 210) — kein Interesse hat. „Der Wegfall des Interesses ist aber für die Gegenwart festzustellen; denn das Gesetz will dem durch die gegenwärtige Sachlage benachtheiligten Gläubiger helfen". (Mot. a. a. O.) Der

Schadensersatz kann alsdann unter Ablehnung des noch möglichen Theiles der Leistung wegen Nicht-Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangt werden (§ 280, 325 Abs. 1).

3. Hat die theilweise Vertrags-Erfüllung noch Interesse für den Gläubiger, so kann er nicht vom Vertrage zurücktreten, er muß also — entgegen der Regel des § 266 — die Theilleistung annehmen, 'ist aber berechtigt, Schadensersatz zu verlangen (§ 280) oder Minderung seiner Gegenleistung (§§ 323, 325, 472, 473) oder Gewährung des vom Gegner erlangten Ersatzes, bezw. Abtretung des betr. Ersatzanspruchs (§§ 323, 325 Abs. 1).

4. Die dem Gläubiger nach § 325 Abs. 1 gewährten Rechte sind ihm nach Abs. 2 auch für den Fall eingeräumt worden, wenn der zur Bewirkung einer Leistung verurtheilte Schuldner die Leistung innerhalb der ihm vom Gläubiger gemäß § 283 bestimmten Frist nicht oder nur theilweise bewirkt. — Das Gleiche wollte der I. Entw. § 369 auch für den Fall bestimmen, wenn die Leistung in Folge des Verzugs des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat. Diese Bestimmung ist im II. Entw. gestrichen und durch die Vorschrift des § 326 (vgl. die Bemrk. 1 dazu) ersetzt worden.

§ 326. Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Absatz 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

1. Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß Verzug des Schuldners den Gläubiger nicht zum Rücktritt vom Vertrage berechtige, ist bereits im H. G. B. (Art. 354—356) für dessen Anwendungsgebiet beseitigt. Das Preuß. A. L. R. berechtigt bei (formfreien) Käufen über Sachen unter 50 Thlr. den Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage, wenn der Käufer die Waare nicht zu der dafür bestimmten Zeit abholt, oder wenn er den Kaufpreis, der dem Vertrage zufolge bei der Uebergabe berichtigt werden sollte, nicht bezahlt. Ferner giebt das A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 369f. der einen Partei beim Mangel der von der andern Seite zu bewirkenden Vertragsleistung unter Umständen das Recht, vom Vertrage abzugehen, je nachdem im betr. Processe der Weigerungsgrund für begründet erachtet wird oder nicht. Auch kann bei Verträgen über Handlungen nach § 408 folg. a. a. O. der eine Theil, welcher behauptet, daß die Gegenpartei die Erfüllung nicht vertragsmäßig bewirkt habe oder dazu außer Stande sei, „auf seine Gefahr" — d. h. vorbehaltlich des im Falle unbegründeten Rücktritts der Gegenpartei zu leistenden Schadensersatzes — vom Vertrage abgehen.

In weiterer Rechtsentwickelung hat nun das B. G. B. § 326 mit Rücksicht auf das im heutigen Verkehr der rechtzeitigen Vertrags-Erfüllung gewöhnlich beigelegte Gewicht dem Gläubiger beim Verzuge des Schuldners das Recht gegeben, zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz oder Rücktritt vom Vertrage zu wählen. Will er dies thun, so muß er dem Schuldner, wie nach Art. 356 des H. G. B., noch „eine angemessene Frist" zur Nachholung des Versäumten gewähren, und zwar mit der Erklärung, daß er nach dem

Ablaufe dieser Frist die Annahme der Leistung ablehne. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger nicht mehr Vertrags-Erfüllung fordern, sondern nur noch Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Der I. Entw. § 369 wollte (vgl. Bemrk. 4 zu § 325) dem Gläubiger das Recht des Rücktritts vom Vertrage nur für den Fall geben, wenn die Vertrags-Erfüllung in Folge des Verzugs kein Interesse für ihn hat. Ist letzteres der Fall — was der Gläubiger zu beweisen hat — so bedarf es der Bestimmung einer Frist zur Nachholung des Versäumten nicht; der Gläubiger kann dann ohne weiteres Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten.

2. Ein in der Kommission für die 2. Lesung des Entw. gestellter Antrag, vom Erforderniß des Verzugs in den Fällen des § 326 (II § 277) abzusehen, wurde als zu unbilligen Härten gegen den Schuldner führend abgelehnt (Reatz I S. 143). Beim Werkvertrag (§ 636) ist aber Verzug des Schuldners nicht als Voraussetzung des Rücktrittsrechts des Gläubigers (Bestellers) erfordert. — Dem Verkäufer ist das Rücktrittsrecht in den Fällen der §§ 325, 326 versagt, wenn er den Vertrag erfüllt und das Kaufgeld gestundet hat (§ 454). Bezüglich des „im Zweifel" anzunehmenden vertragsmäßigen Rücktrittsrechts bei sogen. „Fixgeschäften" vgl. § 361, betreffs des Rücktrittsrechts bei der Miethe § 542 und bezüglich des Rücktrittsrechts bei Dienstverträgen §§ 626—628.

3. Ob die dem Schuldner gewährte Nachfrist angemessen war, ist eine im Fall des Streites vom Richter zu entscheidende Thatfrage, die als solche der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen ist. Vgl. Bemrk. 3 zu § 355.

§ 327. Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Theil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Nach § 355 erlischt das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, wenn der Rücktritt nicht innerhalb der dem Berechtigten vom andern Theile dazu (Mangels vereinbarter Frist) bestimmten Frist ausgeübt wird. Diese Vorschrift (I 432), die der I. Entw. (§ 369, Mot. II S. 211) auf die Fälle der §§ 325, 326 nicht ausdehnen wollte, ist nun auch hier im II. Entw. für anwendbar erklärt worden.

Dritter Titel.

Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugniß vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.

1. Nach Röm. Recht hatte ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten in der Regel keine Wirkung; er begründete nicht einmal ein Forderungsrecht für den Versprechens-Empfänger. Letzterem räumt aber die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis das Recht ein, die Bewirkung der Leistung an den Dritten zu verlangen.[1]) Daß ein solches Recht auch nach dem B. G. B. durch den Vertrag für den Versprechens-Empfänger begründet werden kann, ergiebt sich aus der allgemeinen Bestimmung des § 241.

Von besonderer praktischer Wichtigkeit ist aber namentlich für Lebensversicherungs- und Leibrenten-Verträge, für den Einkauf der Ehefrau in Wittwen-Kassen 2c., sowie für bäuerliche Grundstücksübernahme-Verträge die Entscheidung der Frage, ob bezw. unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden erwirbt.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 74—77 erkennt an, daß „auch die Vortheile eines Dritten" „der Gegenstand eines Vertrages sein" können, es giebt aber dem Dritten, der am Vertrage „weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat", ein Recht (Klage-Recht) aus dem Vertrage erst dann, wenn er demselben „mit Bewilligung der Hauptparteien" oder wenigstens desjenigen Contrahenten, der sich den Vortheil des Dritten hat versprechen lassen[2]), „beigetreten ist"; bis dieser Beitritt erfolgt, können die Contrahenten den Vertrag im Einverständniß unter sich (nicht einseitig) abändern oder aufheben; ist aber der Dritte einmal zum Beitritt aufgefordert worden, so müssen die Contrahenten seine Erklärung abwarten, sie sind also bis zum Ablaufe der Erklärungsfrist auch dem Dritten gegenüber an das Abkommen gebunden. Bei Gutsüberlassungsverträgen zwischen Eltern oder Großeltern und einem ihrer Kinder bezw. Enkel können aber nach der Preußischen Praxis für die andern Kinder bezw. Enkel Abfindungen mit der Rechtswirkung ausgesetzt werden, daß die so Bedachten ohne vorgängige Beitritts-Erklärung die Abfindungen fordern, bezw. einklagen können.[3]) — Auch bei Lebensversicherungs-Verträgen hat die Preuß. Praxis den versicherten Dritten ein unmittelbares Klagerecht ohne Beitritt zum Vertrage eingeräumt[4]). — Nach dem Sächs. B. G. B. §§ 853—856 erwirbt aus Verträgen zu Gunsten eines Dritten sowohl der, dem das Versprechen gemacht ist, als auch der Dritte ein Recht auf Erfüllung, wenn der Versprechende in der Absicht, Beiden verpflichtet zu sein, das Versprechen gegeben hat; ein vom Willen dessen, der sich das Versprechen hat geben lassen, unabhängiges selbstständiges Recht aus dem Vertrage erwirbt aber der Dritte erst durch seinen Beitritt zum Vertrage oder durch Annahme der betr. Leistung; bis dahin kann der Versprechens-Empfänger den Versprechenden von der übernommenen Leistung

---

[1]) Windscheid, Pandekten Bd. II § 316 Nr. 1.

[2]) Urth. des Ob. Trib. v. 4. Januar 1845, Entsch. Bd. 10 S. 349.

[3]) Im Anschluß an den Plenarbeschluß des vorm. Obertribunals vom 25. August 1846 (Entsch. Bd. 14 S. 68 f., 78 f.) nahm hierbei die Praxis früher an, bei den Gutsüberlassungs-Verträgen würden die Kinder durch die Eltern bezw. Großeltern auf Grund vermutheter Vollmacht vertreten. Diese Auffassung ist aber in neuerer Zeit — wohl mit Recht — beanstandet worden; vielmehr wird nunmehr nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts davon ausgegangen, nach der eigenartigen Natur und dem wirthschaftlichen Zwecke der Gutsüberlassungsverträge werde für die darin bedachten Descendenten und überhaupt Pflichttheilsberechtigten hinsichtlich der zu ihren Gunsten getroffenen Bestimmungen ein unmittelbares je nach dem Inhalte des Vertrags Seitens des Abtretenden widerrufliches oder sofort wirksames, bedingtes oder betagtes Recht begründet. Vgl. Urth. des R. G. v. 30. Januar 1892, Entsch. Bd. 29 S. 173 f., 178 f., und vom 26. April 1893, Gruchot, Beiträge Bd. 37 S. 985 f.

[4]) Vgl. A. L. R. Th. II Tit. 8 §§ 2280, 2293 f., — Urth. des R. G. vom 25. Februar und 3. März 1880, Entsch. Bd. 1 S. 188 f. und S. 378 f.

befreien. — Das Franz. Recht, code civil art. 1119—1121, 1165, geht im Anschluß an das Röm. Recht von dem Grundsatze aus, daß Verträge nur unter den Vertragschließenden rechtswirksam sind, und statuirt von dieser Regel nur einige Ausnahmen, insbes. für den Dritten, zu dessen Gunsten bei einer Schenkung etwas ausbedungen ist.

Dem Bedürfniß der jetzigen rechtlichen und wirthschaftlichen Verhältnisse entsprechend und im Anschluß an eine auch für das gem. Recht vertretene Ansicht hat das B. G. B. (§ 328) den Grundsatz anerkannt, daß aus einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten außer den Vertragschließenden auch der Dritte unmittelbar, ohne seinen Beitritt oder seine Annahme-Erklärung, ein Forderungsrecht erwerben kann, wenn die Haupt-Parteien eine solche Rechtswirkung gewollt haben. Ist dies nicht besonders bestimmt worden, so ist vom Richter im Wege der Vertrags-Auslegung festzustellen, ob, von wann ab und mit welchen Maßgaben der Dritte unmittelbar berechtigt sein soll (§ 328 Abs. 2).

2. Die dem Richter hiernach übertragene Vertrags-Auslegung ist, wie in § 127, als Auslegung im weitern Sinne gemeint, d. h. es ist nicht nur festzustellen, was unter den obwaltenden Umständen als (stillschweigend erklärte) Absicht der Parteien anzusehen ist, sondern es ist auch der etwa fehlende Parteiwille zu ergänzen, also nach den Umständen, insbesondere nach dem Zwecke des Vertrags festzusetzen, was die Parteien wahrscheinlich beabsichtigt und vereinbart hätten, wenn sie die betr. Frage in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen hätten (Reatz I S. 147 Note 1). Für einige praktisch besonders wichtige Fälle hat das Gesetz (§§ 329—332) Auslegungsregeln gegeben. Im Allgemeinen aber gewährt die Vorschrift des § 328 Abs. 2 einen festen, sichern Entscheidungs-Maßstab nicht; die Interessenten werden also auf thunlichst eingehende und deutliche Abfassung der betr. Verträge Bedacht zu nehmen haben.

§ 329. Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des andern Theiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern.

Der dem § 329 entsprechende § 318 Abs. 1 des I. Entw. lautete dahin:

„Verpflichtet ein Dritter sich dem Schuldner, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken (Erfüllungsübernahme), so haftet er nur dafür, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt; er ist nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken. Im Zweifel ist anzunehmen, daß nicht die Schuldübernahme, sondern die Erfüllungsübernahme beabsichtigt sei".

Die im letzten Satze enthaltene Auslegungsregel ist in der zweiten Lesung des Entw. gestrichen worden. Andererseits ist (schon im II. Entw.) auch für den Fall der Schuldübernahme als Regel angenommen worden, daß der Dritte nicht die sofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken, sondern nur dafür zu haften habe, daß der Schuldner nicht vom Gläubiger in Anspruch genommen werde (§ 415 Abs. 3). Es wird diese Regelung auch gewöhnlich dem Parteiwillen und den betreffenden geschäftlichen Verhältnissen entsprechen. Bei Gutskäufen z. B. würde der Käufer häufig — abgesehen von den Fällen des § 416 — in sehr große beim Vertragsabschluß nicht ins Auge gefaßte Schwierigkeiten gerathen, wenn er den Verkäufer sofort von der Haftung für die von ihm, dem Käufer, in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen Schulden befreien müßte, ohne die Fälligkeit bezw. Einforderung der betr. Schulden abwarten zu dürfen.

An Stelle des § 318 Abs. 1 des I. Entw. ist hiernach in den II. Entw. (§ 281)[1])

[1]) Vgl. v. Jecklin, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 37 S. 718 f.

und sodann in das Gesetz die Vorschrift des § 329 aufgenommen worden, wonach auf die (juristische) Möglichkeit hingewiesen wird, daß ein Dritter vertragsmäßig die Erfüllung einer fremden Schuld in der Art übernimmt, daß er nicht in das fremde Schuldverhältniß wie bei einer Schuldübernahme (§§ 414 f.) eintritt, und daß in diesem Falle in Ermangelung einer anderweiten Vertragsbestimmung der Gläubiger unmittelbar ein Recht auf Befriedigung dem Dritten gegenüber nicht erwirbt.

§ 330. Wird in einem Lebensversicherungs- oder einem Leibrentenvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Das gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Uebernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird.

1. Die in den §§ 330 bis 332 enthaltenen praktisch wichtigen Auslegungsregeln sind erst in den zweiten Entwurf (§§ 282 bis 284) aufgenommen worden.

2. Aus § 330 ergiebt sich nur, daß in den dort gedachten Fällen der Dritte in Ermangelung einer anderweiten Vertragsbestimmung berechtigt ist, die zu seinen Gunsten bedungene Leistung ohne weiteres zu fordern, also auch ohne Cession rc. einzuklagen. Keine Bestimmung hat aber das Gesetz darüber getroffen, was für den Fall gelten soll, wenn die Haupt-Parteien über eine Aenderung oder Aufhebung der zu Gunsten des Dritten getroffenen Vereinbarung nichts erklärt bezw. verabredet haben. Der § 328 Abs. 2 verweist auch in dieser Hinsicht ganz allgemein auf den Vertragswillen der Parteien; für die Feststellung eines solchen oder für eine Vertrags-Ergänzung durch „Auslegung" (vgl. Bemrk. 2 zu § 328) wird es aber oft an allen Anhaltspunkten fehlen. Wenn z. B. in einem Gutsübernahme-Vertrage der Veräußerer das Kaufgeld oder Theilbeträge desselben einzelnen seiner Kinder Zwecks Abfindung wegen ihres künftigen Erbtheils überweist, späterhin aber anderweit darüber verfügt, so fragt es sich, ob der Gutsüberlasser zu einem solchen Widerruf seiner früheren Bestimmung berechtigt ist. Es wird hier wohl — im Anschluß an die in neuerer Zeit betreffs des Preuß. Rechts zur Geltung gelangte Auffassung [1]) — als Regel anzunehmen sein, daß der Abtretende, so lange er lebt (also nicht seine Erben) die zu Gunsten des Dritten getroffene Bestimmung widerrufen kann, und daß Ausnahmen von dieser Regel besonders darzuthun sind. Das Recht des Dritten wird insb. in der Regel bereits dann für begründet zu erachten sein, wenn es an eine noch zu Lebzeiten des Gutsüberlassers erfüllt Bedingung (z. B. Verheirathung) oder an eine Zeitbestimmung (Großjährigkeit rc.) geknüpft ist.

§ 331. Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.

Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist.

1. Auch betreffs des Zeitpunkts, in welchem das Forderungsrecht des Dritten entstehen soll, ist der erklärte oder wahrscheinliche Wille der Vertragschließenden nach § 328

[1]) Vgl. Note 2 zu § 328 und die dort gedachten Urth. des Reichsgerichts.

Abs. 2 maßgebend; der Grundsatz, wonach die Rechte und Pflichten aus Verträgen mit deren Abschluß entstehen, ist hinsichtlich des Forderungsrechts des Dritten nicht ohne weiteres maßgebend (vgl. Mot. II S. 270). Von diesem Standpunkte ausgehend giebt das Gesetz im § 331 für die dort gedachten Fälle eine praktisch erwünschte Auslegungsregel.

2. Stirbt der Dritte vor dem Versprechensempfänger, so treten in den Fällen des § 331 Abs. 1 die Erben des Dritten nicht an dessen Stelle, da dann der Dritte noch kein (auch nur bedingtes) Recht erworben hatte.

§ 332. Hat sich der Versprechensempfänger die Befugniß vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen Anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen.

Die Vorschrift ist insbesondere für Lebensversicherungsverträge von praktischer Bedeutung.

§ 333. Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.

1. Hat der Dritte aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage (gemäß § 328) ein unmittelbares Recht (also ohne sein Zuthun und ohne seine Mitwirkung) erworben, so betrachtet das Gesetz ein solches Recht doch nicht als unbedingtes, sondern als ein dergestalt resolutiv bedingtes, daß es in Folge einfacher Ablehnung Seitens des Dritten erlischt, wie wenn es nie erworben wäre. Die Erklärung der Ablehnung ist nur dem Versprechenden gegenüber für erforderlich erachtet worden, da er „allein der Schuldner ist, deshalb seine Person bezüglich der ablehnenden Erklärung im Vordergrunde steht" (Mot. II S. 272).

2. „Welchen Einfluß die Zurückweisung des Forderungsrechts durch den Dritten auf das Rechtsverhältniß zwischen den Vertragschließenden hat, bestimmt sich lediglich nach der Natur und dem Inhalte dieses Verhältnisses" (Mot. a. a. O.). Es kommt hierbei in Betracht, daß vielfach die Bestimmung zu Gunsten des Dritten getroffen wird, um eine doppelte Uebertragung des Vermögensobjekts vom Versprechenden auf den Versprechensempfänger und dann von diesem auf den Dritten zu vermeiden. Es wird sich also, wenn der Dritte das Recht ausschlägt, gewöhnlich nicht um eine Unmöglichkeit der Vertrags-Erfüllung überhaupt, sondern nur um den Fortfall einer Erfüllungsart handeln. Wenn z. B. der Dritte einen auf Grund eines Kaufvertrages an ihn (als Abfindung rc.) zu zahlenden Kaufgelder-Betrag anzunehmen sich weigert, so ist natürlich die Zahlung alsdann an den Verkäufer zu leisten.

§ 334. Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.

1. Die Vorschrift rechtfertigt sich dadurch, „daß das Forderungsrecht des Dritten durch den Vertrag und den Inhalt des Vertrages, wie begründet, so bestimmt wird" (Mot. II S. 272). Der Versprechende kann also insbesondere einwenden, daß die von ihm zu Gunsten des Dritten übernommene Leistung abhängig sei von einer nicht erfüllten contractlichen Gegenverpflichtung des Versprechensempfängers, daß dieser z. B., wenn es sich um dem Dritten überwiesenes Kaufgeld handelt, die verkauften Sachen nicht gehörig gewährt habe, oder daß bei einer zu Gunsten des Dritten erfolgten Lebensversicherung die Prämienzahlungen nicht bezw. nicht zu gehöriger Zeit geleistet seien u. s. w.

2. Ob und inwieweit sonstige nicht auf den Vertrag gegründete Einwendungen dem Dritten entgegengesetzt werden können, darüber enthält das Gesetz keine Bestimmung.

Da aber „dem Dritten ein eigenes Forderungsrecht zustehen soll und der Promittent die Leistung als solche an den Dritten übernommen hat", so ist mit den Motiven (II S. 273) und der Denkschrift zum Entw. des B. G. B. (S. 50) anzunehmen, „daß der Promittent Forderungen, welche er an den Promissar hat, dem Dritten nicht in Aufrechnung bringen kann" (Mot. a. a. O.).

§ 335. Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht.

Der zu Gunsten des Dritten geschlossene Vertrag ist gültig und rechtswirksam, auch wenn nur dem Dritten ein Forderungsrecht daraus zustehen soll. Der § 335 stellt aber die Auslegungsregel auf, daß auch der Versprechensempfänger in Ermangelung eines anderen Vertragswillens der Hauptparteien berechtigt sein soll, die Leistung an den Dritten zu fordern, also auch deshalb Klage zu erheben. „Von selbst versteht sich, daß aus diesem Rechte des Promissars . . . weder er selbst oder seine Erben noch seine Gläubiger den Anspruch ableiten können, daß die Leistung an sie erfolge. Dies stände im Widerspruch mit dem nach dem Inhalte des Vertrages begründeten Forderungsrechte des Dritten" (Mot. II S. 270).

Vierter Titel.

Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 336. Wird bei der Eingehung eines Vertrags etwas als Draufgabe gegeben, so gilt dies als Zeichen des Abschlusses des Vertrags.

Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld.

1. Das B. G. B. (§ 336 f.) enthält nur Vorschriften über die bei der Eingehung eines Vertrags gegebene Draufgabe (Draufgeld, Angeld, Handgeld, arrha). In Fortfall kommt also die vereinzelt im Sächs. B. G. B. § 898 getroffene Bestimmung über ein „Draufgeld", welches „in der Erwartung, daß ein Vertrag geschlossen werde", gegeben worden [1]).

2. Die Bestimmung des § 336 entspricht im Allgemeinen dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 205 f., 212, H. G. B. Art. 285 Abs. 1, Sächs. B. G. B. §§ 893, 897). Das Französ. Recht (code civil, art. 1590) enthält in dieser Hinsicht nur die Vorschrift, daß beim Verkaufs-Versprechen (promesse de vente) die Draufgabe als Reugeld gilt (vgl. auch code civil art. 1715).

3. Das Geben einer Draufgabe (Handgeld, Miethsgeld) ist besonders üblich bei Gesinde-Miethsverträgen. Die hierauf bezüglichen, landesgesetzlichen Vorschriften sind zufolge des im Art. 95 des Einf.-Ges. zum B. G. B. zu Gunsten des Landesrechts gemachten Vorbehalts unberührt geblieben, so z. B. die Bestimmung der Preuß. Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 (§ 23), wonach durch Geben und Annehmen des Miethsgeldes der Miethsvertrag geschlossen wird.

---

[1]) Danach ist das Draufgeld, wenn der Vertrag geschlossen wird oder ohne Verschulden der Parteien nicht zum Abschluß kommt, zurückzuerstatten; verweigert der Geber den Vertragsabschluß, so behält der Empfänger das Draufgeld, er hat aber, wenn er den Vertragsabschluß verweigert, den doppelten Betrag des empfangenen Draufgeldes zurückzuerstatten.

§ 337. Die Draufgabe ist im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags zurückzugeben.

Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben.

In Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 206—208, Preuß. Gesinde-Ordn. vom 8. Novbr. 1810 § 25, H. G. B. Art. 285 Abs. 2, Sächs. B. G. B. § 894) betrachtet das B. G. B. die Draufgabe nicht als Zugabe zur Vertragsleistung, sondern als Vorschuß auf dieselbe. Als Folge dieser Auffassung ergiebt sich die Vorschrift des § 337.

§ 338. Wird die von dem Geber geschuldete Leistung in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich oder verschuldet der Geber die Wiederaufhebung des Vertrags, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten. Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben.

1. In den ein Verschulden des Gebers voraussetzenden Fällen des § 338 bildet die Draufgabe den dem Empfänger derselben zugebilligten Mindestbetrag seiner Entschädigung; außerdem kann er aber noch Ersatz des etwaigen weiteren Schadens wegen Nicht-Erfüllung des Vertrages verlangen. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 218, 219 bestimmt wesentlich dasselbe.

2. Nach dem Sächs. B. G. B. § 895 hat der Empfänger der Draufgabe, wenn seiner „Verschuldung" wegen der Vertrag nicht erfüllt werden kann, „dem Geber das Doppelte des Empfangenen zu leisten", vorbehaltlich des weiter gehenden Entschädigungsanspruchs des Gebers. — Eine solche Bestimmung hat das B. G. B. nicht aufgenommen; vielmehr kommen im gedachten Falle gegen den Empfänger lediglich die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz zur Anwendung.

§ 339. Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

1. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 292 f. geht in seinen Vorschriften über die „Conventional-Strafen" (Vertragsstrafen) davon aus, daß durch Verabredung einer solchen Strafe „das Interesse, welches ein Contrahent dem Andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat", im Voraus bestimmt werden könne. Die Vertragsstrafen haben aber die doppelte Funktion: einerseits dem Gläubiger seine Interesseforderung zu sichern, bezw. ihn des oft schwierigen Nachweises seines Schadens zu überheben und andererseits als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu dienen.

2. Eine Vertragsstrafe kann nicht nur beim Vertragsabschluß, sondern auch nach bereits erfolgter Begründung des Forderungsrechts und zwar nicht nur in Beziehung auf vertragsmäßige Verbindlichkeiten vereinbart werden.

3. In Uebereinstimmung mit dem Sächs. B. G. B. § 1432 läßt das B. G. B., wenn die Verpflichtung in einem Unterlassen besteht, die Vertragsstrafe schon mit der Zuwider-

handlung an sich verwirkt sein, ohne Rücksicht auf ein in den sonstigen Fällen dabei vorausgesetztes mitunterlaufendes Verschulden des Verpflichteten. Zur Rechtfertigung dieser Bestimmung wird in den Motiven (II S. 278) bemerkt, daß bei solchen Verpflichtungen eine Garantieübernahme des Schuldners als der muthmaßlichen Absicht der Vertragschließenden entsprechend anzusehen sei. Die Vorschrift ist aber wie überhaupt der § 339 nur dispositiver Natur; sie kommt also nur in Ermangelung einer anderweiten Vertragsbestimmung zur Anwendung.

§ 340. Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

1. Ist die Vertragsstrafe für die gänzliche Nicht-Erfüllung der Verbindlichkeit, im Gegensatz zur nicht gehörigen Erfüllung (§ 341) versprochen, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er die Hauptleistung oder die Strafleistung verlangen will. Will er letzteres, und hat er dies dem Schuldner einmal erklärt, so ist diese Erklärung unwiderruflich (§ 340 Abs. 1 Satz 2); denn „durch ein jus variandi käme der Schuldner augenscheinlich in eine schlimme Lage, welcher ihn auszusetzen kein Grund vorliegt" (Mot. II S. 276).

2. Während nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 293 und nach Französ. Recht (code civil art. 1229) die Vertragsstrafe derartig eine Abgeltung der Interesse-Forderung darstellt, daß letztere neben oder statt der Vertragsstrafe nicht geltend gemacht werden kann, gewährt dagegen das B. G. B. in Uebereinstimmung mit dem gem. Recht[1]), dem H. G. B. Art. 284 Abs. 3 und dem Sächs. B. G. B. § 1428 dem Gläubiger das Recht, die Vertragsstrafe und daneben auch Ersatz des etwaigen weitern Schadens zu verlangen, wenn ein Schadensersatz-Anspruch wegen der nicht bewirkten Hauptleistung in Frage kommt.

3. Tritt der Gläubiger vom Vertrage wegen Nicht-Erfüllung desselben Seitens des Schuldners zurück, so kann er in der Regel die Vertragsstrafe nicht fordern, da letztere seinen Schadensersatzanspruch vertritt, ein solcher aber beim Rücktritt vom Vertrage in der Regel (vgl. § 346) nicht verlangt werden kann. (Mot. II S. 276.)

§ 341. Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

1. Die Vorschrift des § 341 Abs. 1 weicht vom Preuß. und Französ. Recht insofern ab, als nach letzteren Rechten die Forderung eines die Vertragsstrafe übersteigenden Inter-

---

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II § 285 Note 15.

esses überhaupt, also auch in den in § 341 gedachten Fällen ausgeschlossen ist. Vergl. Bemrk. 2 zu § 340.

2. Die Bestimmung des § 341 Abs. 3 entspricht nicht der im gem. Recht herrschenden Ansicht, wohl aber der Vorschrift des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 307 und des Sächs. B. G. B. § 1429. Die Bestimmung „empfiehlt sich durch ihre praktische Zweckmäßigkeit, indem sie dazu dient, in einer großen Zahl von Fällen unbillige Härten gegen den Schuldner zu verhindern" (Mot. II S. 277).

3. Hat der Schuldner den Vertrag nur theilweise nicht erfüllt oder nur nicht gehörig (nicht rechtzeitig ꝛc.) erfüllt, so kann nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 296 eine Conventionalstrafe, die für den Fall der gänzlichen Nicht-Erfüllung des Vertrags ausbedungen ist, nicht gefordert, sondern nur das Interesse liquidirt werden. — Das B. G. B. enthält für diese Fälle keine Bestimmung. Die Motive (II S. 277) meinen, die Frage, ob alsdann der Gläubiger die ganze Conventionalstrafe oder nur einen Theil derselben verlangen darf, entscheide sich nach dem Inhalte des Vertrages; „nach allgemeinen Grundsätzen" werde „in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte in dem Vertrage, davon auszugehen sein, daß der Gläubiger auch bei theilweiser Nicht-Erfüllung die ganze Konventionalstrafe zu fordern berechtigt sein soll". Es kann dies aber zu großen Härten gegen den Schuldner führen.

§ 342. Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

§ 343. Ist eine verwirkte Strafe unverhältnißmäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt.

1. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, von dem das Privatrecht auszugehen hat und auch das B. G. B. ausgeht, darf nicht schrankenlos durchgeführt werden; der einzelne Berechtigte ist nicht lediglich als solcher unter Gestattung rücksichtsloser Durchführung seiner Interessen zu betrachten, sondern in seiner den Mißbrauch seines Rechts verbietenden und die Rücksicht auf andere erheischenden Stellung in der rechtlichen und sozialen Gemeinschaft. — Den sich hieraus ergebenden sozialen Aufgaben des Privatrechts hat namentlich das Preuß. A. L. R., seiner und auch späterer Zeit vielfach vorauseilend, gegenüber juristisch-formaler Auffassung in weitem Umfange Rechnung getragen.

Demgemäß tritt das A. L. R. den Ausbeutungen und Bedrückungen, zu denen das Ausbedingen von Konventionalstrafen erfahrungsmäßig oft führt, durch die Vorschrift (Th. I Tit. 5 § 301) entgegen, daß eine den doppelten Betrag des erweislichen Interesses übersteigende Strafe von dem Richter bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigt werden „muß". — Das Sächs. B. G. B. § 1430 bestimmt in dieser Hinsicht nur, daß eine „wegen verspäteter Entrichtung einer Geldschuld" versprochene Konventionalstrafe „mit Einschluß der etwa versprochenen Zinsen, den Betrag der Zinsen, welche von der bestimmten Erfüllungs-

zeit bis zur Entrichtung der Schuld erlaubter Weise versprochen werden dürfen", nicht übersteigen dürfe. — Das Franz. Recht (code civil art. 1231) giebt nicht den Parteien einen Anspruch auf Minderung übermäßiger Konventionalstrafen, sondern es ermächtigt nur den Richter zu dieser Minderung, wenn die Haupt-Obligation theilweise erfüllt ist.

Der I. Entwurf hatte in seiner Vorliebe für die juristisch-formale Consequenz und für glatte Constructionen die Festsetzung der Höhe der Conventionalstrafe lediglich der Vereinbarung der Parteien überlassen, eine Beschränkung der Strafe „in Ansehung der Größe" erschien „nicht angezeigt" (Mot. II S. 278).

Dem Widerspruche gemäß, der gegen den Standpunkt des I. Entw. Seitens der größeren Zahl der verbündeten Regierungen, sowie von der Kritik, vom 20. Deutschen Juristentag [1]) und vom Preuß. Landesökonomie-Collegium [2]) erhoben wurde, hat nun die Komm. für die 2. Lesung des Entw. die Schutz-Vorschrift des § 343 aufgenommen.

2. Die frühere Deutsche, insbesondere Preußische Gesetzgebung gab den betr. Parteien ein Recht darauf, daß die vom Gesetzgeber für erforderlich und billig erachteten Schutz-Vorschriften vom Richter zur Anwendung gebracht würden. So „muß" z. B. der Richter die im § 301 Th. I Tit. 5 des Preuß. A. L. R. vorgeschriebene Ermäßigung der Konventionalstrafe (vgl. Bemrk. 1) eintreten lassen. Aehnlich bestimmt das H. G. B. Art. 743, daß ein in Seenoth „während der Gefahr" über die Höhe des Berge- und Hülfslohnes abgeschlossener Vertrag „wegen erheblichen Uebermaßes der zugesicherten Vergütung angefochten und die Herabsetzung der letzteren auf das den Umständen entsprechende Maß verlangt werden" kann. (Vgl. auch § 1430 des Sächs. B. G. B., Bemrk. 1.)

Die Französische Gesetzgebung (vgl. code civil art. 1231, s. oben Bemrk. 1, und art. 1244) betrachtet dagegen die Anwendung der im Interesse der Parteien gegebenen Vorschriften der erwähnten Art nicht als Gegenstand des Rechts der Parteien, sondern, vom justiz-administrativen Standpunkte ausgehend, als Machtbefugniß (pouvoir) des Richters.

Die neuere Deutsche Gesetzgebung hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Es geschah dies schon im Entwurf der C. P. O. hinsichtlich der Ausübung des richterlichen Fragerechts; es sollte nur dem Gericht, bezw. dem Vorsitzenden die Befugniß gegeben werden, Fragen zu stellen, also die Unterlassung von Fragen, wie die Mot. bemerken, „den Parteien keinen Grund zur Beschwerde" geben. Erst auf den Vorschlag der Reichsjustiz-Kommission ist im § 130 f. der C. P. O. eine Frage- und Erörterungs-Pflicht des Richters festgesetzt worden, so daß dadurch erst die Bestimmung unter dem Schutz und der Controlle der Rechtsprechung des Reichsgerichts ihre sehr günstig wirkende große praktische Bedeutung erlangt hat. — In der Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 § 93 ist dagegen nur ein richterliches Ermäßigungsrecht hinsichtlich der von einem Rechtsanwalte unter Ueberschreitung der „Grenze der Mäßigung" vereinbarten Vergütung festgesetzt worden; eine solche Vergütung „kann" im Prozeßwege (nach eingeholtem Gutachten der Anwaltskammer) bis auf den tarifmäßigen Gebührenbetrag herabgesetzt werden.

Das B. G. B. hat sich der neueren aus dem Französischen Recht übernommenen Auffassung angeschlossen und hiernach in § 343 dem Richter nur das Recht gegeben, nicht die Verpflichtung auferlegt, der Einforderung übermäßiger Vertragsstrafen entgegenzutreten. Wenn also der Instanz-Richter ein solches Ermäßigungsrecht nicht ausübt, so steht der Partei dagegen das Rechtsmittel der Revision — abgesehen von einigen Ausnahmefällen, vgl. Bemrk. 3 — nicht zu.

---

[1]) Verhandl. desselben (1889) Bd. 4 S. 60 ff., 82.

[2]) Verhandl. dess. im Novbr. 1889, gedr. 1890, S. 505 ff., 509.

3. Das ihm in § 343 gewährte Ermäßigungsrecht hat der Richter nach seinem freien Ermessen auszuüben. Bei der Berathung der Bestimmung in der 2. Lesung des Entwurfs wurde in dieser Hinsicht geltend gemacht, der Zeitpunkt der Vereinbarung der Vertragsstrafe könne nicht immer maßgebend sein, namentlich dann nicht, wenn trotz der bei der Vereinbarung vorhandenen Möglichkeit eines sehr erheblichen Schadens doch nur ein ganz geringer oder gar kein Schaden oder sogar ein Vortheil für den Gläubiger aus der Nicht-Erfüllung der Verbindlichkeit entstanden sei; andererseits könne es auch nicht auf den Zeitpunkt der Verwirkung der Strafe unter allen Umständen ankommen; der Richter werde häufig eine noch spätere Zeit, die der Klageerhebung oder des Urtheils zu Grunde legen müssen; bei der hiernach dem Richter frei zu überlassenden Erwägung der Umstände werde derselbe nicht nur die Verschiedenheit der Interessen des Gläubigers zu den verschiedenen in Betracht kommenden Zeiten, die Höhe des möglichen und des wirklichen Schadens, sondern auch die wirthschaftliche Lage beider Theile, den Grad des Verschuldens auf Seiten des Schuldners und „sonstige Momente" gebührend berücksichtigen können. (Reatz I S. 152 f.) — Nur insofern ist dem Richter eine gesetzliche Direktive gegeben, als nach § 343 „jedes berechtigte Interesse des Gläubigers", nicht nur das Vermögensinteresse, also auch ein ideales Interesse, Affektionswerth (Werth der besonderen Vorliebe) ꝛc. bei Beurtheilung der Angemessenheit der Vertragsstrafe zu berücksichtigen ist. Es kommt hierbei die Funktion der Vertragsstrafe in Betracht, als Mittel zu dienen, um den auf eine Leistung ohne Vermögenswerth gerichteten Obligationen (vgl. §§ 241, 253) Rechtswirksamkeit zu verschaffen.

Die Auffassung der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs über die Tragweite des § 343 hat darin, daß die Vorschrift ganz allgemein gehalten ist, ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden. — Würde die Entscheidung des Instanzrichters bei Anwendung oder Nicht-Anwendung des § 343 erkennen lassen, daß er von einer unrichtigen Auffassung der Bestimmung etwa hinsichtlich des für die Beurtheilung der Angemessenheit der Höhe der Vertragsstrafe maßgebenden Zeitpunkts ꝛc. ausgegangen sei, so würde eine solche Entscheidung als durch Rechtsirrthum beeinflußt mit dem Rechtsmittel der Revision angefochten werden können. (Vgl. Bemrk. 2 a. E.)

4. Die Rückforderung einer bereits entrichteten Vertragsstrafe ist nach § 343 a. E. im Interesse der Rechtssicherheit ausgeschlossen worden, indem dabei in der Komm. für die 2. Lesung des Entw. erwogen wurde, es lasse sich annehmen, daß das Uebermaß nicht allzu groß gewesen sei, wenn der Schuldner gutwillig die ganze Strafe entrichtet habe (Reatz I S. 154).

5. Das Ausbedingen oder Annehmen einer übermäßig hohen Vertragsstrafe kann sich auch als Wucher darstellen, wenn es unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des andern Theils erfolgt. Das betr. Rechtsgeschäft ist dann nach § 138 nichtig.

§ 344. Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

1. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 310, Sächs. B. G. B. § 1433, code civil art. 1227). Die Vertragsstrafe darf nicht dazu benutzt werden, um indirekt eine Leistung zu erzwingen, betreffs deren eine rechtsgültige Verbindlichkeit nicht vorliegt.

2. Die Vorschrift des § 344 war im I. Entw. § 421 auch auf anfechtbare Ver-

bindlichkeiten erstreckt. Diese Vorschrift wurde in der 2. Lesung des Entw. als überflüssig und mißverständlich gestrichen. Es wurde dabei erwogen, für den Fall der selbstständigen Anfechtbarkeit des Strafversprechens (wegen Betrugs oder Zwanges) bedürfe es einer Vorschrift nicht; sei das Strafversprechen an sich unanfechtbar, aber in Unkenntniß der Anfechtbarkeit des Hauptversprechens abgegeben, so sei nicht abzusehen, weshalb es unanfechtbar sein sollte, während, wenn ein solches Versprechen in Kenntniß der Anfechtbarkeit des Hauptversprechens abgegeben sei, darin ein Verzicht auf die Anfechtung zu finden sein werde (vgl. § 144); werde der Hauptvertrag angefochten, so bedürfe es einer besondern Anfechtung des Strafversprechens nicht, weil die Strafe wegen einer nicht bestehenden Hauptverbindlichkeit nicht verwirkt werden könne; lasse dagegen der Anfechtungsberechtigte den Hauptvertrag bestehen, so könne doch gewiß eine Anfechtung des Strafversprechens nicht zugelassen werden. (Reatz I S. 155.)

§ 345. Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

Vgl. Bemrk. 3 zu § 339.

Fünfter Titel.

Rücktritt.

§ 346. Hat sich in einem Vertrage ein Theil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache ist der Werth zu vergüten, oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten.

1. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 346—361 betreffs des vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktrittsrechts haben insofern eine weitergehende Bedeutung, als sie größtentheils auch auf die Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen (§ 327) entsprechende Anwendung finden, ferner auf das Wandelungs-Recht beim Kauf (§ 467) und beim Werkvertrag (§ 634 Abs. 4) und auf einige andere Fälle — vgl. insb. § 280 (Unmöglichkeit der Leistung), § 286 Abs. 2 (Verzug des Schuldners), § 527 (Rückforderung von Schenkungen), § 543 Abs. 1 (Kündigungsrecht des Miethers).

2. Die Wirkung des durch Erklärung des Berechtigten gegenüber dem andern Theil (§ 349) auszuübenden Rücktrittsrechts ist im Interesse der Verkehrssicherheit auf das Verhältniß der Parteien zu einander beschränkt; es soll jeder Theil auf obligatorischem Wege thunlichst in die gleiche Lage versetzt werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre; „übrigens bleibt es den Parteien unbenommen, die Wirkung des Rücktritts entsprechend den Vorschriften über die auflösende Bedingung im Vertrage dahin zu bestimmen, daß ohne weiteres der frühere Rechtszustand wieder eintritt" (Denkschr. S. 52). Abgesehen von einer solchen abweichenden Bestimmung hat also das ausgeübte Rücktrittsrecht nur persönliche (obligatorische), nicht dingliche Wirkung; es bedarf also z. B. zum Wiedererwerb des durch den Vertrag veräußerten Eigenthums eines besondern Rückübertragungsakts 2c.

§ 347. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der

Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten. Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.

Die Vorschrift des § 347 rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß beide Theile von Anfang an mit der Möglichkeit zu rechnen haben, daß in Folge Ausübung des Rücktrittsrechts die Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen für sie eintritt; „beide Theile befinden sich mithin in ähnlicher Lage, wie der Besitzer einer fremden Sache gegenüber dem Eigenthümer während der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs" (Denkschrift S. 52).

§ 348. Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung.

§ 349. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile.

1. Der I. und II. Entw. (§ 426 bezw. § 300) bestimmte auch noch: „Die Erklärung ist unwiderruflich". Dieser Satz ist schließlich gestrichen worden. Es kommt nun auch hier der allgemeine Grundsatz des § 130 zur Anwendung, wonach eine gegenüber einem Andern in dessen Abwesenheit abgegebene Willenserklärung dann nicht wirksam wird, wenn dem Andern vor oder gleichzeitig mit der Erklärung ein Widerruf zugeht.

2. Der Rücktritt kann auch im betr. Processe im Wege der Einrede erfolgen.

§ 350. Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist.

Nach Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 5 §§ 327, 321, Tit. 11 §§ 188, 198) muß der vom Vertrage Zurücktretende (das Wandelungs-Recht Ausübende) die empfangene Sache „in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat", zurückgeben. — Nach Franz. Recht (code civil art. 1647) trägt bei den hier besonders in Betracht kommenden Kaufgeschäften der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs der empfangenen Sache.

Die hiervon abweichende Vorschrift des § 350 schließt sich an das gem. Recht und an das Sächs. B. G. B. § 918 an. Diese Regelung erschien dem wirthschaftlichen Zwecke des Rücktrittsrechts entsprechend, da „dem Berechtigten bei einer Aenderung der Umstände gegen etwaige nachtheilige Folgen des Vertragsschlusses, zu denen auch die Folgen des Ueberganges der Gefahr gehören, Schutz" gewährt werden soll (Denkschr. S. 52f.). — Die Parteien können aber natürlich etwas anderes vereinbaren, also insbesondere verabreden, „daß der Rücktritt durch Rückgewähr der betr. Gegenstände in unversehrtem Zustande bedingt sein solle" (Mot. II S. 282f.).

§ 351. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Theiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des

Gegenstandes, das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich.

Nach Preuß. Recht (vgl. Bemrk. zu § 350 a. A.) muß die zurückzugewährende Sache im Wesentlichen unverändert sein. Vgl. Entsch. des vorm. Obertrib. v. 30. Oct. 1849, Entsch. Bd. 19 S. 83.

Die Vorschrift des § 351 entspricht den betreffs der Wandelungsklage im gem. Recht und im Sächs. B. G. B. § 918 geltenden Grundsätzen.

§ 352. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat.

§ 353. Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Theil des Gegenstandes veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind.

Einer Verfügung des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Die Vorschriften der §§ 352 und 353 ergeben sich aus dem Grundsatze des § 346 (Wiederherstellung des frühern Zustandes).

§ 354. Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Theiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Theil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt.

Die Bestimmung ist in den II. Entwurf aufgenommen worden. Sie entspricht dem Interesse des Gegners der zum Rücktritt berechtigten Partei an alsbaldiger Erledigung des Obligations-Verhältnisses.

§ 355. Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Theile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird.

1. Die Bestimmung des § 355 (II § 304) entspricht dem Interesse, welches der Schuldner daran hat, daß die Rücktrittserklärung Seitens des Berechtigten nicht hingehalten wird, etwa um auf Kosten des andern Theiles zu speculieren. Auch kommt dabei mit in Betracht, daß das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (im Gegensatz zum Wandelungs-Recht, § 477) der Verjährung nicht unterliegt.

2. Bei der Verschiedenheit der betr. Fälle erschien es unthunlich, eine einheitliche Frist gesetzlich vorzuschreiben (Denkschr. S. 53). Im I. Entw. (§ 432) war dagegen bestimmt, daß das Rücktrittsrecht in Ermangelung einer vereinbarten Frist innerhalb einer Präclusiv-Frist von 4 Wochen auszuüben sei.

3. Ob die bestimmte Frist angemessen war, bezw. ist, bildet in der Regel eine der

Nachprüfung in der Revisions-Instanz entzogene Thatfrage. Nur dann könnte hierbei von der Verletzung einer Rechtsregel die Rede sein, wenn ersichtlich wäre, daß der Richter bei seiner Entscheidung falsche Principien zu Grunde gelegt, Zweck und Bedeutung der Vorschrift principiell verkannt habe. Vgl. das auf die Frage der Angemessenheit einer gemäß Art. 356 des H. G. B. bestimmten Nachfrist sich beziehende Urth. des R. O. H. G. vom 11. Juni 1872, Entsch. Bd. 6 S. 399.

§ 356. Sind bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite Mehrere betheiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von Allen gegen Alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen.

Aus der Natur des Rücktrittsrechts ergiebt sich, daß dasselbe nur einheitlich von allen und gegen alle Betheiligten ausgeübt werden kann. (Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 280, 281, Sächs. B. G. B. §§ 910, 1116.)

§ 357. Hat sich der eine Theil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Theil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt.

Die in den II. Entw. (§ 306) aufgenommene Bestimmung des § 357 entspricht der rückwirkenden die Gegenforderung tilgenden Kraft der erklärten Aufrechnung (§ 389).

§ 358. Hat sich der eine Theil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und bestreitet dieser die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht

Vgl. Bemrk. 3 zu §§ 339, 345.

§ 359. Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Theil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.

Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld (§ 339 Abs. 2). — Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 311, 312 und das H. G. B. Art. 284 Abs. 2 erklären den Schuldner im Zweifel nicht für berechtigt, sich durch Erlegung der Conventionalstrafe von der Vertrags-Erfüllung zu befreien, d. h. die Conventionalstrafe gilt danach nicht als Reugeld (Wandelpön). Eine solche Bestimmung enthält das B. G. B. nicht; sie ist in den Motiven II S. 278 für „entbehrlich" erklärt.

§ 360. Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt.

In den Fällen des § 360 ist es in die Wahl des Berechtigten gestellt, ob er von der Rechtsverwirkungsklausel Gebrauch machen, also vom Vertrage zurücktreten will, oder ob er beim Vertrage stehen bleiben will. — Eine gleiche Bestimmung enthält das Sächs. B. G. B. § 1436.

§ 361. Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Theil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt.

1. Die Bestimmung des § 361 beruht auf einem Beschlusse des Bundesraths, wodurch die entsprechende Vorschrift des I. und II. Entwurfs wesentlich geändert worden ist.

Nach letzterer Vorschrift (I § 361, II § 278) sollte dem Gläubiger ein gesetzliches Rücktrittsrecht ohne Erforderniß des Verzuges gewährt werden, wenn nach einem gegenseitigen Vertrage die Leistung des andern Theils „genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll" und „die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt".

Mit Recht wurde hiergegen in der Kritik [1]) geltend gemacht, als Merkmal des in der gedachten Vorschrift ins Auge gefaßten sogen. Fixgeschäfts sei nicht die genaue Bestimmung der Zeit, wann die Leistung erfolgen soll, aufzustellen, sondern das ganz andere Merkmal, „daß in dem Geschäft ein ausdrücklicher oder stillschweigender Vorbehalt des Rücktrittsrechtes auf den Fall der Nicht-Erfüllung zur rechten Zeit steckt"; nur in diesem Falle sei die Gewährung des Rücktrittsrechtes angemessen.

Durch die Vorschrift des § 361 ist nun das gedachte gesetzliche Rücktrittsrecht sehr erwünschter Weise beseitigt worden, und statt dessen die Auslegungsregel aufgestellt worden, daß bei gegenseitigen Verträgen mit genau bestimmter Erfüllungszeit ein Fixgeschäft (vgl. Art. 357 des H. G. B.) „im Zweifel" anzunehmen sei, d. h. daß in solchen Fällen die vereinbarte Erfüllungszeit nach dem Vertragswillen der Parteien eine wesentliche Bedingung des Geschäfts (ein essentiale) bilden solle, so daß eine nicht rechtzeitige Erfüllung nicht mehr als vertragsmäßige Leistung zu betrachten sei und demzufolge ein Rücktrittsrecht des Gläubigers als vertragsmäßig vorbehalten anzusehen sei. — Demgemäß ist auch die Vorschrift des § 361 in den Titel des Gesetzes, der vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht handelt, gestellt worden, während der entsprechende § 278 des II. Entw. im Titel 2 („gegenseitiger Vertrag") stand.

2. Der § 278 des II. Entw. enthielt ferner die Vorschrift, daß der Schuldner den Gläubiger auffordern könne, sich in einer dabei zu bestimmenden angemessenen präklusivischen Frist zu erklären, ob er noch auf Erfüllung bestehe. Diese Vorschrift ist vom Bundesrath gestrichen worden; sie findet in § 355 einen genügenden Ersatz.

3. Der § 278 Abs. 2 des II. Entw. enthielt ferner die Bestimmung:

---

[1]) v. Petrazycki, die Lehre vom Einkommen, II. Bd. S. 528, 529, 625 f. — Lebhaft polemisirt gegen von Petrazyckis Kritik Sohm in seinem gedruckten Vortrage: Ueber den Entw. eines B. G. B. für das deutsche Reich in 2. Lesung, S. 19, 20 des Sonderabdrucks aus Gruchot's Beiträgen, Bd. 39; solche Art der Auslegung, wie die v. Petrazyckis, — meint Sohm a. a. O. — verschwinde von selber, sobald der Entwurf Gesetz werde. — Wie gewichtig aber die von v. P. angeregten Bedenken waren, hat die Beseitigung der Vorschrift des § 278 II ergeben.

„Ist der Schuldner im Verzuge, so kann der Gläubiger, sofern er nicht von dem Vertrage zurücktritt, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung verlangen“.

Diese Bestimmung ist vom Bundesrathe gestrichen worden, so daß nunmehr bei sogen. Fixgeschäften der Gläubiger nur das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Erfüllung nebst dem Anspruch auf das Interesse wegen verspäteter Leistung hat, nicht auch wahlweise statt der Erfüllung Schadensersatz beanspruchen kann. In dieser Hinsicht weicht also das B. G. B. vom H. G. B. Art. 357 ab. Außerhalb des handelsgeschäftlichen Verkehrs ist aber eine Erweiterung des dem Gläubiger im B. G. B. gewährten Wahlrechts nicht praktisch erforderlich.

4. Ein Verschulden des Schuldners ist in den Fällen des § 361 nicht Voraussetzung der Ausübung des Rücktrittsrechts des Gläubigers.

Dritter Abschnitt.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Erfüllung.

§ 362. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung.

1. Im 3. Abschnitt (§§ 362 bis 397) sind nur einzelne Gründe des Erlöschens der Schuldverhältnisse geregelt, nämlich: Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung und Erlaß. Als über das Gebiet der Schuldverhältnisse hinausgreifende Erlöschungs-Gründe sind im allgemeinen Theil des B. G. B. geregelt: die Erfüllung der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2), der Eintritt eines Endtermins (§ 163) und die Verjährung (§ 222). Hierzu kommen insbes. noch die Vorschriften des II. Buchs über die in Folge Unmöglichwerdens der Erfüllung eintretende Befreiung des Schuldners (§ 275, 323).

Die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils soll in dem in die C. P. O. neu aufzunehmenden § 293a dahin bestimmt werden, „daß das Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden kann“.

Die Bestimmung des I. Entwurfs (§ 291), daß das Schuldverhältniß durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person erlösche, ist als selbstverständlich im II. Entwurf gestrichen worden, ebenso der allgemeine Satz (I § 292), daß das Schuldverhältniß in der Regel nicht durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners erlischt.

Die Novation ist im B. G. B. nicht als selbstständiges Rechtsinstitut aufrecht erhalten. (Vgl. Bemrk. zu § 364 Abs. 2.)

Darüber enthält das B. G. B. keine allgemeine Vorschrift, bezw. Auslegungsregel, welche Wirkung hinsichtlich der Haftung des Schuldners dem Umstande beizumessen ist, daß der Gläubiger das, was er unentgeltlich zu fordern hat, anderweit unentgeltlich erwirbt (concursus causarum lucrativarum).

2. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 41 bestimmt ausdrücklich, daß „jede auch von einem Unfähigen geleistete Zahlung zum Vortheile des Zahlenden insoweit gültig" ist, „als er sich dadurch von einer Verbindlichkeit befreit hat". Dasselbe hat auch nach dem B. G. B. zu gelten. Besondere Bestimmungen betreffs der von einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person bewirkten Schulderfüllung sind aber in das B. G. B. nicht aufgenommen; sie erschienen nicht erforderlich. (Mot. II S. 81.)

Das Preuß. A. L. R. bestimmt ferner a. a. O. § 170, was aus einem wegen (Geschäfts-) Unfähigkeit des einen Theiles für ihn rechtsunverbindlichen Geschäfte gezahlt worden, das könne „soweit, als der Unfähige auch nicht wegen geschehener Verwendung in seinen Nutzen verpflichtet war, zurückgefordert werden". Dasselbe ist nach allgemeinen Grundsätzen auch für das B. G. B. anzunehmen. Eine besondere Bestimmung über die Wirkung der Leistung an einen Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ist aber nicht für erforderlich erachtet. (Mot. II S. 81.)

3. Der durch Rechtsgeschäft bestellte Vertreter des Gläubigers bedarf nach dem B. G. B., welches überhaupt Vorschriften über General- und Special-Vollmachten nicht giebt, zur rechtsgültigen Empfangnahme der Leistung — anders als nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 105 — nicht einer Specialvollmacht. „Es ist im Einzelfalle zu prüfen, ob der Vertreter zur Entgegennahme der Leistung ermächtigt ist". „Selbstverständlich werden" durch das B. G. B. „die einschlägigen besonderen Bestimmungen der C. P. O. (§§ 77, 675, 676, 720) und der Konkurs-Ordnung (§ 107) nicht berührt" (Mot. II S. 84).

4. Erfolgt die Leistung an einen Dritten, welcher nicht Vertreter des Gläubigers ist, so ist bezw. wird die Erfüllung nach § 362 Abs. 2 in Verbindung mit § 185 mit Einwilligung bezw. Genehmigung des Gläubigers wirksam; dies ist ferner nach der jetzigen Fassung der Vorschrift (anders als nach dem I. Entw. § 266, vgl. Mot. II S. 85) dann der Fall, wenn der Empfänger der Leistung die Forderung erwirbt oder vom Gläubiger beerbt wird.

§ 363. Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

1. Der dem § 363 entsprechende § 367 des I. Entw. enthielt die materiell-rechtliche Bestimmung:

> „Hat ein Vertragschließender die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so kann er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nicht wegen Nicht-Erfüllung des Vertrages die Gegenleistung verweigern, sondern nur noch die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen".

Es sollte hiernach also die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages (exceptio non rite adimpleti contractus) ausgeschlossen werden. In den II. Entwurf ist diese Bestimmung nicht aufgenommen worden. Bei der Berathung hierüber wurden in der Komm. für die 2. Lesung des Entw. folgende Erwägungen geltend gemacht: Sei eine gelieferte species zu beanstanden, so falle die gedachte Einrede meist fort, an ihre Stelle träten die Klage auf Preis-Minderung (actio quanti minoris) oder die Klage auf Rückgängigmachung des Geschäfts (actio redhibitoria); sei ausnahmsweise der Schuldner zur Verbesserung der gelieferten species verpflichtet, so könne die Versagung der gedachten Einrede vielleicht zu Unbilligkeiten führen; jedenfalls sei für diese verhältnißmäßig seltenen Fälle eine besondere Vorschrift entbehrlich; handle es sich aber um Mängel einer gelieferten Gattungs- (genus-) Sache, so sei zu beachten, daß hier der Entw. (das Gesetz) den Anspruch auf Lieferung einer

mangelfreien Sache gewähre; hier liege zur Versagung der gedachten Einrede um so weniger Anlaß vor, als der Schuldner in diesen Fällen meist auch das Zurückbehaltungsrecht (§ 273) werde ausüben und so denselben Erfolg, wie bei Gewährung der gedachten Einrede erreichen können. (Reatz I S. 160.) — Vgl. Bemrk. 2 zu § 320.

2. Nicht erforderlich erschien es, besonders hervorzuheben, daß in der Annahme der Leistung an und für sich — abgesehen von dem Fall der Kenntniß des Mangels (§ 464) — kein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln zu finden sei, es vielmehr dem Empfänger unbenommen bleibe, die Mangelhaftigkeit später im Wege der Klage oder Einrede zu rügen. (Reatz I S. 160.)

3. Die dem § 363 entsprechende Vorschrift bezüglich der Beweislast in § 263 des I. Entw. bezog sich nicht auf den Fall, wenn der Empfänger nach seiner nachträglichen Behauptung eine ganz andere Sache als die geschuldete oder eine geringere Quantität erhalten hatte. Aus Billigkeits-Gründen ist nun in der 2. Lesung des Entw. die Vorschrift des § 363 auch auf diese Fälle ausgedehnt, nicht auf das Geltendmachen der Mangelhaftigkeit (Qualitätsmangel) der Leistung beschränkt worden. (Reatz a. a. O.)

4. Ob eine angebotene Leistung als Erfüllung angenommen worden, läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden. In der Kommission für die 2. Lesung des Entw. wurde in dieser Hinsicht bemerkt, man sei nicht genöthigt, in jeder äußerlichen Annahme auch eine Annahme als Erfüllung zu erblicken; andererseits sei in dieser Hinsicht nicht unumgänglich erforderlich, daß der Empfänger die Erfüllung gerade als tadellose angenommen habe. (Reatz a. a. O.)

5. Nach dem Sächs. B. G. B. § 863 hat der Empfänger einer Leistung die von ihm behauptete Mangelhaftigkeit oder Unvollständigkeit derselben nur dann zu beweisen, „wenn er vor oder bei der Leistung die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes untersuchen konnte und keinen Vorbehalt wegen Mangelhaftigkeit oder Unvollständigkeit gemacht hat." Die Motive (II S. 205) erklären sich gegen eine solche Vorschrift, indem sie insbesondere bemerken, bei Zulassung eines allgemeinen Vorbehalts würde die Vorschrift einen großen Theil ihrer Bedeutung verlieren. „Liegt aber, so wird weiter ausgeführt, ein sich auf specielle Mängel und Fehler beziehender Vorbehalt vor, so wird, wenn nicht eine protestatio facto contraria angenommen werden muß, eine Annahme als Erfüllung überhaupt zu verneinen sein". — In der Kommission für die 2. Lesung des Entw. wurde geltend gemacht, wenn auch in Ermangelung eines bestimmten äußern Merkmals eine gewisse Unsicherheit darüber bestehen bleibe, wann eine Leistung als Erfüllung angenommen worden sei, so nöthige dies doch nicht dazu, die Umkehrung der Beweislast (§ 363) an einen formellen Vorgang zu knüpfen und nur dann eintreten zu lassen, wenn der Empfänger die als Erfüllung angebotene Leistung ohne Vorbehalt angenommen habe; denn hierunter werde leicht das Erforderniß eines ausdrücklichen Vorbehalts verstanden, woraus, wie die Erfahrungen des Sächsischen Rechts zeigten, Benachtheiligungen der minder rechtskundigen Kreise der Bevölkerung entstehen könnten. (Reatz I S. 160.)

§ 364. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt.

Uebernimmt der Schuldner zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt.

1. Durch die in § 364 Abs. 1 gedachte Hingabe an Zahlungsstatt (datio in solutum) wird eine unbedingte und definitive Tilgung der alten Schuld herbeigeführt, „ohne Rücksicht

darauf, ob das in solutum Geleistete in der That dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergegangen ist" (Mot. II S. 83).

2. Nach gem. Recht[1]) und nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 242 hat die Annahme an Zahlungsstatt die Wirkung eines Kaufes, doch kann im Fall der Eviction statt Gewährleistung auch die ursprüngliche Forderung geltend gemacht werden[2]), nach Preuß. Recht §§ 243 f. a. a. O. allerdings nur dann, wenn ein Dritter die Sache innerhalb Jahresfrist nach der Hingabe an Zahlungsstatt in Anspruch nimmt. Das B. G. B. giebt dagegen dem Gläubiger nur einen Gewährleistungs-Anspruch (§ 365).

3. In Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht giebt § 364 Abs. 2 die Auslegungsregel, daß eine vom Schuldner neuübernommene Verbindlichkeit nicht als an Erfüllungsstatt übernommen (nicht als Novation) betrachtet wird, daß also insbesondere die Hingabe eines Wechsels über eine bestehende Schuld nicht als Tilgung der letzteren gilt, sondern nur als Mittel zur schnelleren und leichteren Einziehbarkeit der Forderung anzusehen ist.

§ 365. Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

1. Der Gläubiger kann nach § 365 nicht einfach — wie nach Preuß. Recht (vergl. Bemrk. 2 zu § 364) — die von einem Dritten in Anspruch genommene an Zahlungsstatt gegebene Sache zurückgeben und dagegen Erfüllung der ursprünglichen Forderung (Zahlung ꝛc.) fordern und die Führung des Processes gegen den Dritten dem Schuldner überlassen. — Um den Gewährleistungs-Anspruch zu sichern, hat der Gläubiger dem Schuldner gemäß §§ 69 f. der C. P. O. den Streit zu verkünden.

2. Betreffs der Art und des Umfangs der Gewährleistungspflicht vgl. §§ 433 ff., 459 ff. Kann der Empfänger hiernach Wandelung (Rückgängigmachung) des Geschäfts wegen Mangelhaftigkeit der an Zahlungsstatt gegebenen Sache geltend machen, und thut er dies, so führt auch dies nicht zu einem unmittelbaren Wiederaufleben der ursprünglichen Forderung, der Schuldner wird dann aber dem Gläubiger obligatorisch so verpflichtet, wie wenn die Hingabe an Zahlungsstatt nicht stattgefunden hätte. (Mot. II S. 83.)

§ 366. Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnißmäßig getilgt.

1. Im Anschluß an die herrschende gemeinrechtliche Auffassung und in Uebereinstimmung mit dem Sächs. B. G. B. § 977 und dem Franz. Recht (code civil art. 1253) gewährt das B. G. B. (§ 366 Abs. 1) dem Schuldner das Recht, in einseitiger, den Gläubiger bindender Weise bei der Leistung zu bestimmen, welche der mehreren Kapitals-Schulden

---

[1]) l. 24 pr. D. de pign. act. 13, 7.

[2]) l. 46 D. de solut. 46, 3.

— (vgl. betreffs der Zinsen rc. § 367) — dadurch getilgt sein sollen. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 151 ff. gilt die Bestimmung des Schuldners nur, wenn der Gläubiger die Leistung (Zahlung) angenommen hat, ohne in der zur Annahme einer Vertragsofferte in §§ 91 f. Th. I Tit. 5 bestimmten Frist zu widersprechen; in gleicher Weise muß der Schuldner, der die Zahlung ohne weitere Bestimmung leistet, sich die vom Gläubiger erklärte Anrechnung gefallen lassen, wenn er derselben nicht binnen der gedachten Frist „nach Empfang der Quittung" widerspricht. — In Ermangelung eines Uebereinkommens der Parteien muß die Zahlung zuvörderst auf Kosten und dann auf die damals verfallenen Zinsen angerechnet werden. Bei mehreren Kapitalsposten ist die Zahlung auf die zuerst eingeforderte Schuld anzurechnen, dann auf diejenige, welche dem Gläubiger die wenigste Sicherheit (durch Pfand, Bürgschaft rc.) bietet; sind die Forderungen „von gleicher Qualität", so erfolgt die Anrechnung auf diejenige, welche „in Ansehung des Zinssatzes dem Schuldner die lästigste ist". Tritt keiner von diesen Bestimmungsgründen ein, so ist die Zahlung auf die am längsten verfallene Post und bei gleichem Alter auf alle Schuldposten verhältnißmäßig anzurechnen.

Das B. G. B. § 366 Abs. 2 hat sich hinsichtlich der Leistungs-Anrechnung auf mehrere Kapitals-Posten für den Fall, daß der Schuldner hierüber keine Bestimmung getroffen hat, den Vorschriften des Preuß. Rechts angeschlossen. Es ist dies aber erst in der 2. Lesung des Entw. (§ 315) geschehen, während der I. Entw. (§ 267) die Anrechnung zunächst auf die fällige Schuld und sodann unter mehreren fälligen Schulden auf die dem Schuldner lästigere — im Anschluß an das gem. Recht — anordnen wollte.

2. Ein Bestimmungsrecht des Gläubigers findet in Ermangelung einer Bestimmung des Schuldners und einer Einigung der Parteien nach dem B. G. B. — anders als nach Preuß. Recht — nicht statt.

Die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entspricht aber dem Interesse und sonach dem muthmaßlichen Willen des Gläubigers.

§ 367. Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.

Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen.

1. Die Vorschrift des § 367 Abs. 1 wird auch in den Fällen praktisch, „in welchen ohne Mitwirkung des Schuldners", z. B. im Zwangsvollstreckungs-Verfahren, geleistet ist (Mot. II S. 88).

2. Eine vom Schuldner bestimmte anderweite Anrechnung, als die in § 367 Abs. 1 angeordnete, wollte der I. Entw. (§ 268 Abs. 2) für maßgebend erklären. Statt dessen ist in den II. Entw. die Bestimmung des § 367 (II § 316) Abs. 2 sachgemäßer Weise aufgenommen worden.

§ 368. Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntniß (Quittung) zu erteilen. Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse, daß die Quittung in anderer Form ertheilt wird, so kann er die Ertheilung in dieser Form verlangen.

1. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht sowie dem Verkehrsbedürfniß. Eine Ausnahme, wie sie das Sächs. B. G. B. § 983 für „sofortige Baarzahlungen im Kleinhandel" festsetzt, wurde theils für überflüssig, „theils für bedenklich" erachtet. (Mot. II S. 89.)

2. Schreibensunkundige oder „wegen körperlicher Fehler" am Schreiben verhinderte Personen müssen nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 93—96 ihre Quittungen bei Posten von 50 Thl. (150 M.) und weniger unter Zuziehung eines, bei größeren Posten unter Zuziehung zweier „Instrumentszeugen" mit Handzeichen unterzeichnen; bei solchen größeren Posten kann aber der Zahlungsleister die Ausstellung einer gerichtlichen oder notariellen Quittung verlangen. Nach dem Sächs. B. G. B. § 984 kann, wenn der Gläubiger schreibensunkundig ist „oder über die Schuld ein gerichtliches Schuldbekenntniß ausgestellt" ist, „gerichtliche Quittung, deren Kosten der Gläubiger zu tragen hat, verlangt werden".

Nach dem B. G. B. (§ 368 in Verbindung mit § 126) müssen die Quittungen „eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens" unterzeichnet werden.

Der Leistende (Zahlende ꝛc.) braucht sich also nicht mit einer im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellten Unterschrift (Faksimile) oder mit Beidrückung eines Namens-Stempels zu begnügen. Eine solche Quittung würde der vollen Beweiskraft nach §§ 381, 402, 406 der C. P. O. entbehren.

3. Ueber den Inhalt der Quittung giebt das B. G. B. keine näheren Bestimmungen. Selbstverständlich muß darin die getilgte Schuld genügend bezeichnet sein. Als zu einer vollständigen Quittung gehörend führt ferner das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 87 auf: 1) Die Benennung des gewesenen Schuldners, 2) die Angabe der Zeit und des Ortes der Zahlung und 3) „die Unterschrift des Gläubigers oder sonst gesetzmäßig legitimirten Empfängers". Daß aber auch, wie die Motive (II S. 89) meinen, das Datum in der Quittung angegeben sein „muß", das ist nicht als richtig anzuerkennen, wie denn auch das Preuß. A. L. R. eine Datirung der Quittung nicht verlangt.

§ 369. Die Kosten der Quittung hat der Schuldner zu tragen und vorzuschießen, sofern nicht aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein Anderes ergiebt.

Treten in Folge einer Uebertragung der Forderung oder im Wege der Erbfolge an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last.

Das Preuß. Recht enthält keine Bestimmung darüber, wer die Quittungskosten zu tragen hat; nur betreffs der Kosten der zur Löschung einer Hypothekenforderung erforderlichen Quittung ist bestimmt, daß der Schuldner sie zu tragen hat. — Die Regel des § 369 Abs. 1 ist sachgemäß, da der Gläubiger als solcher zu einer Leistung im Interesse des Schuldners nicht verpflichtet ist und er nicht volle Befriedigung erhielte, wenn er die Quittungskosten zu tragen hätte. (Mot. II S. 89 f.)

§ 370. Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

Die (in den II. Entw. § 319 eingefügte) Vorschrift entspricht dem auf die präsumtive Ermächtigung zur Empfangnahme von Zahlungen sich beziehenden Art. 296 des H. G. B.

§ 371. Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen. Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe außer Stande zu sein, so

kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß verlangen, daß die Schuld erloschen sei.

1. Nach dem I. Entw. (§ 271) sollte der Gläubiger die behauptete Unmöglichkeit der Rückgabe des Schuldscheins beweisen. Statt dieses oft schwierigen und durch das Interesse des Schuldners nicht gebotenen Nachweises ist nun (nach dem II. Entwurf § 320) die Behauptung dieser Unmöglichkeit für genügend erklärt.

Ferner ist die Ertheilung einer Quittung neben dem (im I. Entw. als „Erklärung" bezeichneten) „Anerkenntniß" des Erlöschens der Schuld nicht, wie im I. Entw., für erforderlich erachtet worden. (Reatz I S. 163 Note 6.)

2. Die Kosten der schriftlichen beglaubigten Urkunde über das Anerkenntniß des Erlöschens der Schuld (des Mortifikationsscheins) hat der Gläubiger zu tragen. Im I. Entw. (§ 271) war dies noch ausdrücklich bestimmt. Der Satz wurde aber im II. Entw. als selbstverständlich gestrichen. (Reatz I S. 162 Note 6.)

3. Offen gelassen wurde in 2. Lesung die Frage, ob nicht der Gläubiger zur Rückgabe des Schuldscheins angehalten werden könne, wenn seine Behauptung, zu dieser Rückgabe außer Stande zu sein, als unwahr sich herausstelle. (Reatz a. a. O.) Es kann aber der Schuldner unter Umständen ein Interesse daran haben, daß der Schuldschein, wenn er auch für kraftlos erklärt ist, doch nicht in fremden Händen verbleibt. In solchen Fällen wird also der Schuldner auch im gedachten Falle für befugt zu erachten sein, Herausgabe des Schuldscheins zu fordern.

Zweiter Titel.

Hinterlegung.

§ 372. Geld, Werthpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

1. Der 2. Titel (§§ 372—386) bezieht sich nur auf die Hinterlegung, welche der Schuldner zum Zweck der Befreiung von seiner Verbindlichkeit bewirkt, nicht auch auf die Hinterlegung zu anderen Zwecken, insbesondere zur Sicherheitsleistung. Nicht berührt werden hiernach durch diese Vorschriften die prozeßgesetzlichen Bestimmungen, welche eine Hinterlegung anordnen oder zulassen.

2. Das Institut der öffentl. Hinterlegung wollte der I. Entw. (§ 272) reichsrechtlich nur für Geld und Werthpapiere einführen; die Ausdehnung auf „sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten" ist im II. Entw. (§ 321) erfolgt. Landesgesetzlich kann aber bestimmt werden, daß die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen anzunehmen haben. (Einführ. Ges. z. B. G. B. Art. 145, 146.)

Nach der Preuß. Hinterlegungs-Ordnung vom 14. März 1879 (§ 1) können Geld, Werthpapiere auf Inhaber und Werthpapiere auf Namen, auf welche die Zahlung dem Inhaber geleistet werden kann, sowie Kostbarkeiten hinterlegt werden.

3. Nach dem H. G. B. Art. 343 kann die Hinterlegung von Waaren, mit deren Empfangnahme der Käufer im Verzuge ist, außer in einem öffentlichen Lagerhause auch „bei

einem Dritten" erfolgen. Das B. G. B. gestattet dagegen nur eine öffentliche Hinterlegung, d. h. bei einer öffentlichen landesgesetzlich als solche bestimmten Hinterlegungsstelle, da nur eine solche Hinterlegung dem Gläubiger durchweg genügenden Schutz gegen Verlust gewährt.

Die näheren Bestimmungen über Hinterlegungsstellen und deren Zuständigkeit sind (nach dem Einführ.-Ges. z. B. G. B. Art. 144—146) der Landesgesetzgebung überlassen. Letztere „ist nicht gehindert, auch die Gerichte, bezw. gewisse Gerichte als Hinterlegungsstellen zu bezeichnen". (Mot. II S. 92.)

4. Der Gläubiger ist zur Hinterlegung nur befugt, nicht verpflichtet. Die Ausübung dieser Befugniß ist unabhängig von einem Verschulden des Gläubigers, welches nach § 293 auch bei dem zunächst als Hinterlegungsgrund hervorgehobenen Annahme-Verzug des Gläubigers nicht vorausgesetzt wird.

Unter den in § 372 Abs. 2 im Allgemeinen erwähnten Hinterlegungsgründen kommt namentlich in Betracht der Fall, wenn die betr. Forderung mit Arrest belegt ist oder von mehreren Personen beansprucht wird, wenn sie z. B. mehreren Personen cedirt, bezw. überwiesen ist, oder wenn der ursprüngliche Gläubiger (Cedent) die Rechtsgültigkeit der Cession bestreitet.

Der Schuldner hat mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu prüfen, ob er mit Sicherheit an den Gläubiger zahlen kann oder nicht; nur wenn er hiernach, also nicht fahrlässiger Weise (vgl. § 276) über die Person des Gläubigers in Ungewißheit sich befindet, ist er zur Hinterlegung befugt. Ob eine solche entschuldbare, bezw. nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Ungewißheit vorgelegen hat, ob also die aus diesem Grunde erfolgte Hinterlegung rechtmäßig und wirksam war, hat das Gericht nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden. Dabei ist mit den Motiven II S. 96 anzunehmen, daß auch eine irrthümliche rechtliche Beurtheilung, (sofern sie nicht auf Fahrlässigkeit beruht), die Hinterlegungs-Befugniß nicht ausschließt.

5. Die Hinterlegung selbst hat durch den Schuldner ohne Vorverfahren, ohne Anordnung oder Mitwirkung des Gerichts zu erfolgen; eine vorläufige gerichtliche Entscheidung über ihre Rechtmäßigkeit findet also nicht statt. (Vgl. § 19 Abs. 2 der Preuß. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879.) Ob die Hinterlegung rechtmäßig war und demzufolge die Befreiung des Schuldners bewirkt hat, ist vom Gericht im Wege des ordentlichen Processes zu entscheiden.

6. Die Wirkung der Hinterlegung tritt, wenn letztere rechtmäßig erfolgt ist, ohne weiteres ein. Nach dem Sächs. B. G. B. § 756 gilt dagegen die Hinterlegung („Niederlegung") als Erfüllung erst von der Zeit der darüber dem Gläubiger durch das Gericht (als Hinterlegungsstelle) gemachten Bekanntmachung.

Das Franz. Recht (code civil art. 1257 ff.) verlangt, daß der Schuldner die Zahlung zuvor dem Gläubiger thatsächlich anbiete und die beabsichtigte Hinterlegung ankündige oder, wenn es sich um eine an einem bestimmten Orte zu liefernde Sache handelt, vom Gericht zur Hinterlegung an einem andern Orte ermächtigt werde.

§ 373. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kann er das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen.

Vergl. insbes. §§ 268, 320, 368.

§ 374. Die Hinterlegung hat bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsorts zu erfolgen; hinterlegt der Schuldner bei einer anderen Stelle, so hat er dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Schuldner hat dem Gläubiger die Hinterlegung unverzüglich anzuzeigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist.

1. Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 214, 229, 230 und nach dem Sächs. B. G. B. § 756 muß die Hinterlegung, um die Befreiung des Schuldners zu bewirken, bei der Hinterlegungsstelle des Erfüllungsortes erfolgen. Das B. G. B. hat dagegen mit Rücksicht darauf, daß der Leistungsort oft zweifelhaft und nur schwer zu ermitteln ist, auch die Hinterlegung bei einer andern Hinterlegungsstelle für rechtswirksam erklärt, den Gläubiger aber dabei genügend durch die Bestimmung gesichert, daß er vom Schuldner Ersatz des Schadens wegen der an unrichtiger Stelle erfolgten Hinterlegung verlangen kann.

2. Aus der zu 1 geb. Bestimmung folgt aber nicht, daß jede öffentliche Hinterlegungsstelle ohne weiteres jede Hinterlegung annehmen müßte; es ist vielmehr der Landesgesetzgebung überlassen, über die örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen Bestimmung zu treffen. (Mot. II S. 97, 98, Einführ.-Gesetz z. B. G. B. Art. 144.)

3. Die in § 374 Abs. 2 vorgeschriebene Anzeige von der erfolgten Hinterlegung kann auch durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers zugestellt werden (§ 132 Abs. 1).

Ob die Anzeige unthunlich war, ist vom Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden. In Uebereinstimmung mit den Motiven (II S. 98) wird aber eine Anzeige im Sinne des § 374 in der Regel dann für „unthunlich" zu halten sein, wenn sie nur im Wege einer öffentlichen Zustellung (§ 132 Abs. 2) erfolgen könnte.

§ 375. Ist die hinterlegte Sache der Hinterlegungsstelle durch die Post übersendet worden, so wirkt die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurück.

Diese in 2. Lesung des Entw. (§ 324) aufgenommene Bestimmung entspricht der Vorschrift, welche § 19 Abs. 4 der Preuß. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 für den Geltungsbereich des A. L. R. und des gem. Rechts betreffs Geld-Einsendungen durch die Post enthält.

§ 376. Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen.

Die Rücknahme ist ausgeschlossen:

1. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte;
2. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;
3. wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urtheil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.

1. Nach der Preuß. Hinterlegungs-Ordnung vom 14. März 1879 § 19 Abs. 6 kann der Schuldner die hinterlegte Sache ohne weiteres nur dann zurücknehmen, wenn er sich dies in der Hinterlegungs-Erklärung vorbehalten hat. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 758 kann der Schuldner die wegen Annahme-Verzugs des Gläubigers erfolgte Hinterlegung bis zu der dem Gläubiger vom Gericht ertheilten Nachricht von der Hinterlegung rückgängig machen. — Nach Französ. Recht (code civil art. 1261) kann der Schuldner hinterlegtes Geld zurücknehmen, solange der Gläubiger die Hinterlegung nicht angenommen hat.

Das B. G. B. hat das Zurücknahme-Recht des Schuldners als Regel anerkannt, und

zwar mit Rücksicht darauf, daß es vorläufig eine offene Frage bleibt, ob die Hinterlegung rechtmäßig erfolgt ist oder nicht, und daß es unbillig und unzweckmäßig wäre, während des sich hiernach ergebenden oft nur schwer und erst nach längerer Zeit zu beseitigenden Zustandes der Ungewißheit dem Schuldner das Zurücknahme-Recht zu versagen, zumal da inzwischen die betr. thatsächlichen Verhältnisse sich in einer die Handlungsweise des Schuldners beeinflussenden Weise ändern können (Mot. II S. 98, 99).

2. a) Der die Rücknahme ausschließende Verzicht auf dieselbe kann bei und nach der Hinterlegung erklärt werden. Ein solcher Verzicht kann für den Schuldner von Vortheil sein, um endgültig von seiner Verbindlichkeit befreit zu werden und demgemäß z. B. vom Gläubiger das Aufgeben einer Sicherheit (Einwilligung in die Löschung einer Hypothek ꝛc.) zu verlangen (vgl. § 378).

b) Der Natur der Sache gemäß ist ferner die Rücknahme ausgeschlossen, wenn die Hinterlegung — durch Annahme Seitens des Gläubigers und durch ein zwischen ihm und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urtheil — als rechtmäßig anerkannt bezw. festgestellt ist.

3. Ist die Hinterlegung ohne zureichenden Grund erfolgt, also unrechtmäßig, so kann, insbesondere wenn dies in einem Processe zwischen dem Gläubiger und Schuldner rechtskräftig festgestellt ist, letzterer die hinterlegten Sachen zurücknehmen, auch wenn er auf die Rücknahme verzichtet hat. Ebenso kann letzteren Falls der Schuldner die Hinterlegung rückgängig machen, wenn der Gläubiger dies genehmigt. (Vgl. Mot. II S. 100.)

§ 377. Das Recht zur Rücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen.

Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann während des Konkurses das Recht zur Rücknahme auch nicht von dem Schuldner ausgeübt werden.

1. Der Gegenstand der Hinterlegung soll, auch wenn das Rücknahme-Recht des Gläubigers nicht ausgeschlossen ist, dem Gläubiger gesichert, also dem Zugriffe der übrigen Gläubiger entzogen werden, da andernfalls die praktische Bedeutung und Wirkung der Hinterlegung zu sehr abgeschwächt werden würde. (Vgl. Mot. II S. 101.) Andererseits würde eine Pfändung des Rücknahme-Rechts des Schuldners einen nicht zu gestattenden Eingriff in das Schuldverhältniß zum Gläubiger, für den hinterlegt worden, enthalten. (Reatz I S. 165.)

2. Dem zu 1 gedachten Grundsatze gemäß darf der hinterlegte Gegenstand auch nicht zur Konkursmasse des Schuldners gezogen werden, der vor der Konkurs-Eröffnung hinterlegt hat. Dem Interesse des Gläubigers entspricht es auch, daß auch der Schuldner selbst während des Konkurses das Rücknahme-Recht nicht ausüben darf.

§ 378. Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte.

§ 379. Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.

So lange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten.

Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt.

Der I. Entw. (§ 272 Abs. 2) wollte — wie es das Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 16 § 213) bestimmt — die Wirkung der Befreiung des Schuldners sogleich mit der Hinterlegung eintreten lassen; es sollte aber (nach I § 276) „wenn und so lange das Recht der Zurücknahme besteht", ein Recht nicht geltend gemacht werden können, „welches von der Befriedigung des Gläubigers abhängig ist". Diese Regelung erschien in der 2. Lesung des Entwurfs verwickelt und künstlich (Reatz I S. 166 Note 3), und es wurden daher die einfacheren Vorschriften der §§ 378 und 379 Abs. 1 an die Stelle gesetzt.

§ 380. Soweit nach den für die Hinterlegungsstelle geltenden Bestimmungen zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers eine diese Berechtigung anerkennende Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist, kann der Gläubiger von dem Schuldner die Abgabe der Erklärung unter denselben Voraussetzungen verlangen, unter denen er die Leistung zu fordern berechtigt sein würde, wenn die Hinterlegung nicht erfolgt wäre.

Die Bestimmung ist in der 2. Lesung des Entw. neu hinzugefügt worden. Es wurde dabei geltend gemacht, es würde eine ungerechtfertigte Erschwerung sein, wenn der Gläubiger zuerst der Hinterlegungsstelle die Annahme erklären müßte, um gegen den Schuldner das Recht auf Abgabe der im § 380 gedachten Erklärung zu erlangen; es müsse ferner der Gläubiger den Anspruch auf diese Erklärung schon im Processe über die von ihm bestrittene Rechtmäßigkeit der Hinterlegung für den Fall der Feststellung dieser Rechtmäßigkeit geltend machen können, um nicht zweckloser Weise nach Beendigung dieses Processes zu einem neuen Processe wegen Erlangung der gedachten Erklärung genötigt zu sein. (Reatz I S. 167.)

§ 381. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt.

§ 382. Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablauf von dreißig Jahren nach dem Empfang der Anzeige von der Hinterleguug, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Schuldner ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat.

Die Vorschrift des § 382 ist in der Revisions-Lesung des II. Entw. hinzugefügt worden. — Die Frist von 30 Jahren ist die gewöhnliche Frist der Anspruchs-Verjährung (§ 195).

§ 383. Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Schuldner sie im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen. Das gleiche gilt in den Fällen des § 372 Satz 2, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist.

Ist von der Versteigerung am Leistungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder

öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen.

1. Im Anschluß an die Vorschrift des Art. 343 des H. G. B. ertheilt § 383 dem Schuldner die Befugniß, eine nicht zur Hinterlegung geeignete Sache im Fall des Annahme-Verzugs des Gläubigers ohne weitere Voraussetzung öffentlich versteigern zu lassen (Selbsthülfe-Verkauf). Liegt ein anderer Hinterlegungsgrund vor, als Verzug des Gläubigers (§ 372 Satz 2), so ist das Verkaufsrecht des Schuldners im Interesse des dann oft ganz schuldlosen Gläubigers in der in § 383 Abs. 1 Satz 2 gedachten Weise beschränkt.

2. Der Auftrag zum Verkaufe geht unmittelbar vom Schuldner aus, ohne Mitwirkung des Gerichts. „Dem Gläubiger bleibt es überlassen, einen begründeten Widerspruch gegen den Verkauf besonders geltend zu machen". (Mot. II S. 103.)

3. Nicht der Verkauf an und für sich, sondern in Verbindung mit der demnächstigen Hinterlegung des Erlöses bewirkt die Befreiung des Schuldners; es tritt nicht etwa an die Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit die Verpflichtung zur Hinterlegung des Versteigerungs-Erlöses (Mot. II S. 103).

4. Betreffs unbeweglicher Sachen bestimmt das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 234, daß ihre Uebergabe zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung (Sequestration) die Hinterlegung ersetzt. In den Motiven (II S. 95) wird eine solche Regelung als „ganz unzulässig" bezeichnet.

Nach § 303 (vgl. Bemrk. dazu) kann der zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtete Schuldner im Fall des Gläubiger-Verzuges nach Androhung dieser Maßnahme den Besitz aufgeben. Es entspricht dies der Bestimmung des Sächs. B. G. B. § 757.

§ 384. Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist.

Der Schuldner hat den Gläubiger von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.

1. Die Androhung der Versteigerung und die Benachrichtigung von der Vollziehung des Verkaufs kann auch gemäß § 132 Abs. 1 durch einen Gerichtsvollzieher erfolgen.

Ob eine vorgängige Verkaufs-Androhung thunlich war oder nicht, hat im Fall des Streites der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden. Mit den Motiven (II S. 102) ist hierbei anzunehmen, daß eine Androhung durch öffentliche Zustellung (§ 132 Abs. 2) „kaum einmal als eine thunliche im Sinne des Gesetzes zu betrachten sein" wird.

2. Die Androhung (vorgängige Ankündigung) des Verkaufs muß rechtzeitig erfolgen, nämlich so zeitig, daß der Gläubiger sich durch die Abnahme der Waare, durch direktes oder indirektes Mitbieten bei der Versteigerung 2c. vor Schaden zu schützen in der Lage ist. (Vgl. das betreffs der gleichen Vorschrift des Art. 343 des H. G. B. ergangene Urtheil des R. O. H. G. vom 11. Januar 1876, Entsch. Bd. 19 S. 293.)

3. Von der erforderlichen und thunlichen Androhung hängt die Zulässigkeit der Versteigerung ab; ist sie unterlassen, „so hat der Verkauf, resp. die darauf folgende Hinter-

legung die Wirkung der Schuldbefreiung nicht". (Mot. II S. 103.) Der Schuldner hat ferner auch die Rechtzeitigkeit der Verkaufs-Ankündigung zu beweisen (vgl. Bemrk. 2).

§ 385. Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Schuldner den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken.

Diese — dem § 343 des H. G. B. entsprechende zweckmäßige — Bestimmung ist in der Revisions-Lesung des II. Entw. hinzugefügt worden.[1])

§ 386. Die Kosten der Versteigerung oder des nach § 385 erfolgten Verkaufs fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner den hinterlegten Erlös zurücknimmt.

Vergl. § 381.

Dritter Titel.

Aufrechnung.

§ 387. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Theil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Theiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

1. Die Bestimmungen der §§ 387 f. regeln nur das gesetzliche Recht zur Aufrechnung (Compensation), nicht auch die vertragsmäßige Aufrechnung (compensatio voluntaria).

2. Die zur Compensation gestellte Forderung muß dem Schuldner, nicht einem für ihn eintretenden Dritten gegen den Gläubiger zustehen; wenn auch ein Dritter nach § 267 die Leistung für den Schuldner, soweit es dabei nicht auf dessen Persönlichkeit ankommt, bewirken kann, so ist doch eine Aufrechnung in dieser Beziehung der Leistung selbst nicht gleichzustellen und hiernach — entgegen der Ausführung der Motive (II S. 105), aber in Uebereinstimmung mit der von der Mehrheit der Kommission für die 2. Lesung des Entw. vertretenen Ansicht (Reatz I S. 168 f.) — anzunehmen, daß der Gläubiger nicht verpflichtet ist, sich die Aufrechnung seiner Forderung mit dem, was er einem Dritten schuldet, auf Verlangen des letzteren gefallen zu lassen.

3. Die bei der Aufrechnung vorausgesetzte Gleichartigkeit der Forderungen (Ausnahme: § 391) braucht nicht von vornherein zu bestehen; es genügt, wenn sie zur Zeit der Aufrechnung vorhanden ist, wenn z. B. die ursprüngliche Forderung in eine Entschädigungsforderung umgewandelt worden ist (Mot. II S. 105).

4. Auf welchem Rechtsgrunde die beiderseitigen Forderungen beruhen, ist der Regel nach gleichgültig, ebenso wie nach Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 16 § 346) und nach Franz. Recht (code civil art. 1293). Ausnahmen: vgl. §§ 393—395.

Eine eigentliche Compensation findet aber nur statt, wenn die beiderseitigen Forderungen aus verschiedenen, selbstständig für sich bestehenden Rechtsverhältnissen herrühren. Handelt es sich dagegen um Forderungen und Gegenforderungen, welche in rechtlichem Zusammenhange stehen, insbesondere auf einem und demselben gegenseitigen Ver-

---

[1]) Vgl. Dr. Küntzel, Beschlüsse 2c., Gruchot, Beitr. Bd. 40 S. 145.

trage beruhen, so kommen die allgemeinen Grundsätze betreffs des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 f.), der Erfüllung Zug um Zug (§§ 320 ff.) u. s. w. zur Anwendung. (Vergl. auch Bemrk. 7 zu § 320.)

Demgemäß soll auch nach der in Aussicht genommenen Fassungs-Aenderung bezw. Ergänzung der §§ 136 und 274 der C. P. O. eine getrennte Verhandlung und Entscheidung über die Klage und eine zur Compensation gestellte Gegenforderung nur dann statthaft sein, wenn letztere mit der eingeklagten Forderung „nicht in rechtlichem Zusammenhange steht". Andererseits ist aber als Zusatz zu § 491 der C. P. O. eine Bestimmung dahin in Aussicht genommen, daß in der Berufungs-Instanz die auf eine Aufrechnung gegründete Einwendung zurückzuweisen ist, wenn der Beklagte nicht glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stande gewesen ist, sie in erster Instanz geltend zu machen; dem Beklagten soll dabei aber vorbehalten bleiben, seine Einwendung besonders in dem in dieser Beziehung in der Berufungs-Instanz anhängig bleibenden Processe geltend zu machen. Diese beabsichtigte neue Bestimmung des § 491 der C. P. O. würde sich also auch auf einwandsweise zur Aufrechnung im weiteren Sinne geltend gemachte mit der eingeklagten Forderung in rechtlichem Zusammenhange stehende, insbes. also auf demselben gegenseitigen Vertrage beruhende Gegenforderungen erstrecken. Eine solche Ausdehnung der Bestimmung würde nicht erwünscht sein, da bei vorhandenem rechtlichen Zusammenhange zwischen Forderung und Gegenforderung eine zutreffende Entscheidung nur dann ergehen kann, wenn das Rechtsverhältniß einheitlich seinem ganzen Umfange nach beurtheilt wird.

5. Liquidität der zur Compensation gestellten Gegenforderung ist im B. G. B. nicht erfordert. Nach Franz. Recht (code civil art. 1291) bildet die Liquidität ein materiell-rechtliches, nicht nur processuales Erforderniß der Aufrechnung. Vgl. Urth. des R. G. vom 25. November 1884, Entsch. Bd. 12 S. 322, 325. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 359—362 war die Liquidität nur eine processuale Voraussetzung und sind hiernach die gedachten Bestimmungen durch die Vorschriften der C. P. O. §§ 136 und 274 beseitigt und ersetzt worden (vgl. Urth. des R. G. vom 1. October 1884, Entsch. Bd. 12 S. 254). Ob nach gem. Recht die Liquidität ein materiell-rechtliches oder nur ein processuales Erforderniß der Aufrechnung darstellt, ist streitig.

Bezüglich der processualen Behandlung der Aufrechnung vgl. vorsteh. Bemrk. 4.

6. Die Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen ist nach § 387 nur insoweit als Voraussetzung des Aufrechnungsrechts hingestellt, als die Forderung des Aufrechnenden fällig sein muß und er die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Nach § 271 Abs. 2 ist aber der Schuldner in Ermangelung einer anderweiten Bestimmung befugt, auch vor der festgesetzten Erfüllungszeit die ihm obliegende Leistung zu bewirken; er kann also nach § 307 — anders als nach jetzigem Recht (vergl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 343) — seine eigene fällige Forderung gegen eine noch nicht fällige Gegenforderung aufrechnen. (Vgl. Bemrk. 3 zu § 390.)

7. Die Erklärung, compensiren zu wollen, ist zugleich als Kündigung der Forderung behufs der Kompensation zu betrachten, so daß, wenn die Kündigungsfrist bis zum Erlaß des Urtheils im betr. Processe abgelaufen ist, die Compensationseinrede beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für durchgreifend zu erachten ist (vgl. Urth. des R. G. vom 29. November 1886, Entsch. Bd. 17, S. 148 f.).

§ 388. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

1. Die Erklärung kann auch im Processe in der Klage oder mittelst Einrede erfolgen.

2. Da die Aufrechnung als Tilgung, wie eine Zahlung, wirken soll, so folgt hieraus, daß sie unbedingt und ohne Zeitbestimmung (unbetagt) erklärt werden muß. Nicht ausgeschlossen ist es dagegen, daß die Aufrechnung im Processe nur eventuell, für den Fall geltend gemacht wird, daß der eingeklagte Anspruch nicht schon aus andern Gründen vom Richter für ungerechtfertigt erachtet werden sollte. Eine solche eventuelle Aufrechnungs-Erklärung ist als eine unbedingte und unbetagte zu betrachten, die in Fortfall kommt, wenn ihre erwähnte Voraussetzung nicht eintritt (Mot. II S. 108).

§ 389. Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

1. Das gleichzeitige Gegenüberstehen beiderseitiger gleichartiger Forderungen hebt — entgegen der ältern gemeinrechtlichen Ansicht — an und für sich (ipso jure) keine derselben auf; es ist dem Gläubiger freigestellt, ob er von der Aufrechnungsbefugniß Gebrauch machen will. Die Wirkung der erklärten Aufrechnung wird aber nach dem B. G. B. — wie im bisherigen Recht (vgl. betreffs des Preuß. A. L. R. Plenarbeschluß des vorm. Obertribunals vom 8. April 1839, Entsch. Bd. 4 S. 208) — auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem die Forderungen kompensationsfähig sich gegenübergetreten sind. Die Bestimmung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß andernfalls „der praktische Werth des Rechtsinstituts der Kompensation verkümmert würde", indem eine Beschränkung der Kompensations-Wirkung auf den Zeitpunkt der Kompensations-Erklärung „namentlich zur Folge hätte, daß sowohl die Verzinslichkeit als die mora (Verzug), sowie das Verfallen einer Strafe sich ausschließlich nach der Zeit der Kompensations-Erklärung beurtheilten" (Mot. II S. 109).

2. Wenn auch der Schuldner nach § 266 zu Theil-Leistungen nicht berechtigt ist, so steht dieser Umstand doch nicht einer Theil-Aufrechnung entgegen. Letztere ist — im Anschluß an das bisherige Recht — in § 389 (in den Worten: „soweit sie (die Forderungen) sich decken") für zulässig erklärt worden, „weil sonst das Recht der Kompensation einen großen Theil seines praktischen Werthes verlieren würde" (Mot. II S. 108).

§ 390. Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

1. Die Vorschrift „begreift auch die dilatorischen Einreden in sich, durch welche nicht die Fälligkeit hinausgeschoben ist, aber eine Einrede der sofortigen Geltendmachung der Forderung entgegensteht" (Mot. II S. 106). (Vergl. auch Reatz I S. 170 Note 3.)

2. Die Zulassung der Aufrechnung verjährter Forderungen nach § 390 Satz 2 ist erst von der (Mehrheit der) Kommission für die 2. Lesung des Entw. beschlossen worden, und zwar im Anschluß an das bisherige Recht (vergl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 377, code civil art. 1290) aus Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit. Es wurde dabei namentlich geltend gemacht, für den Schuldner, der in dem von ihm geschuldeten Betrage Deckung für seine eigene Forderung habe, liege erst dann Veranlassung zur Aufrechnung vor, wenn der Gläubiger (Gegner) seinerseits mit seinen Ansprüchen hervortrete, es könne dem Schuldner daher nicht zur Pflicht gemacht werden, die Aufrechnung schon vorher lediglich zur Abwendung der Verjährung geltend zu machen; es könne auch nicht gestattet werden, daß der Gläubiger den Schuldner dadurch um sein Guthaben bringe, daß er ihn bis zum

Ablaufe der Verjährung in der Meinung belasse, die beiderseitigen Forderungen hätten auf sich zu beruhen, und dann seine nicht verjährte Forderung geltend mache. (Reatz I S. 170, 171.)

3. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 377 genügt es zur Aufrechnung nicht, daß die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, zu einer Zeit entstanden ist, als die Gegenforderung noch nicht verjährt war; es muß vielmehr zu der Zeit, als die später geltend gemachte, bezw. eingeklagte Forderung „zahlbar" (fällig) wurde, die Gegenforderung des Schuldners noch nicht verjährt gewesen sein; eine zur Zeit der Fälligkeit der Forderung bereits verjährte Gegenforderung kann also zur Aufrechnung nicht benutzt werden.[1])

Dieser Rechtszustand ist durch das B. G. B. geändert; denn nach § 387 (vergl. Bemrk. 4 dazu) kann der Schuldner (der Regel nach) auch gegen eine noch nicht fällige Forderung seine eigene fällige Gegenforderung aufrechnen; macht also der Gläubiger seine Forderung nach eingetretener Fälligkeit geltend und ist inzwischen die Gegenforderung des Schuldners verjährt, so kann letzterer diese seine Gegenforderung gemäß § 390 Satz 2 gegen die Forderung des andern Theiles aufrechnen, wenn sich nur beide Forderungen zu irgend einer Zeit aufrechnungsfähig, also bei oder nach der Fälligkeit der verjährten Forderung gegenüber gestanden haben.

4. Bezüglich der beschränkten Zulässigkeit der Aufrechnung verjährter Schadensersatzansprüche wegen Mängel verkaufter Sachen vgl. § 479.

§ 391. Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. Der aufrechnende Theil hat jedoch den Schaden zu ersetzen, den der andere Theil dadurch erleidet, daß er in Folge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann.

Ist vereinbart, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll.

1. Die Ausdehnung der Bestimmung des Abs. 1 auf den Fall des Bestehens verschiedener „Ablieferungs"-Orte ist in der 2. Lesung des Entw. erfolgt.

2. Sind die beiderseitigen Leistungen an verschiedenen Orten zu bewirken, so liegt eine gewisse Ungleichartigkeit der Forderungen vor. Die Zulassung der Kompensation auch in diesem Falle entspricht aber einem Verkehrsbedürfnisse sowie dem bisherigen Rechtszustande.

Ueber die Tragweite der Vorschrift des Abs. 1 hinsichtlich des zu leistenden Schadensersatzes gingen in der Kommission für die 2. Lesung des Entw. die Meinungen auseinander. Nach der einen dort vertretenen Ansicht sollen vom Aufrechnenden — wie nach Französ. Recht (code civil art. 1296) — nur die Transportkosten zu ersetzen sein, nach der andern Ansicht soll dagegen der Aufrechnende — wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 350 — dem andern Theile sein ganzes Interesse zu vergüten haben[2]), und zwar auch eine von letzterem gegenüber einem Dritten verwirkte Konventionalstrafe (Reatz I S. 171 Note 5). Nach der Absicht und dem Wortlaut der Vorschrift ist letztere Ansicht für richtig zu halten;

---

[1]) Vgl. Urth. des R. G. vom 1. October 1884, Entsch. Bd. 12 S. 255.

[2]) Vergl. Urth. des R. G. vom 5. Januar 1884, Entsch. Bd. 11 S. 303.

denn die Aufrechnung soll dem Gläubiger gleichwie Zahlung Befriedigung gewähren, eine solche hat er aber nicht vollständig erhalten, wenn die Compensation mit einer nicht völlig gleichartigen Forderung in einer ihn schädigenden Weise erfolgt.

3. Die Auslegungsregel des Abs. 2 ist in der 2. Lesung des Entw. (II § 285) hinzugefügt worden und zwar mit Rücksicht darauf, daß in den betr. Fällen der Gläubiger schweren Schaden erleiden kann, wenn die von ihm zur Erfüllung eigener Verpflichtungen bestimmte Leistung in Folge Aufrechnung zu einer Zeit ausbleibt, in der er nicht mehr in der Lage ist, rechtzeitig Ersatz zu schaffen. (Vgl. v. Jecklin, der Entw. 2c. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 37 S. 110.)

§ 392. Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist.

1. Dem Schuldner wird durch die Beschlagnahme einer Forderung, welche ihm gegen einen Dritten (Drittschuldner) zusteht, gemäß §§ 730, 810, 815 der C. P. O. wie jede andere Verfügung über die Forderung so auch deren Verwendung zur Compensation verboten.

Die Rechtslage des Drittschuldners darf dagegen durch die Beschlagnahme wie durch Cession nicht erschwert oder verschlechtert werden. Er ist demgemäß auch befugt, die für ihn zur Zeit der Beschlagnahme bereits begründeten Kompensationsbefugnisse (gleichwie im Fall der Cession, § 406) noch nachträglich geltend zu machen. — Andererseits werden aber die Rechtsverhältnisse auch zu Gunsten des Gläubigers, für welchen die Beschlagnahme erfolgt, durch letztere derartig festgelegt, daß der Drittschuldner eine nachträglich durch neuen Erwerb einer Forderung erlangte Kompensations-Befugniß nicht zum Nachtheil jenes Gläubigers ausüben darf.

Diesem Falle ist von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. (II § 336) der Fall gleichgestellt worden, wenn die Gegenforderung des Drittschuldners zwar schon vor der Beschlagnahme bestand, aber erst nachher und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig und damit zur Compensation geeignet geworden ist. Es soll durch diese Vorschrift (§ 392 a. E.) verhindert werden, daß der Drittschuldner sich durch Verzögerung der ihm obliegenden Leistung bis zur Fälligkeit seiner Gegenforderung das Compensations-Recht verschafft. (Reatz I S. 172.)

2. Der wesentliche Akt für die Beschlagnahme ist nach §§ 730, 810, 815 der C. P. O. die Zustellung des Zahlungsverbots (Erfüllungs-Verbots) an den Drittschuldner. Da aber die Zustellung nicht unbedingt an den Drittschuldner persönlich zu erfolgen braucht, sondern auch eine „Ersatz-Zustellung" gemäß §§ 166, 167 der C. P. O. stattfinden kann, so kann es schon hiernach und ebenso auch in anderen Fällen, z. B. beim Eintritt eines Erbfalls, kommen, daß der Drittschuldner selbst von der Beschlagnahme erst später Kenntniß erhält. Mit Rücksicht darauf aber, daß die Beschlagnahme mit der Zustellung des Erfüllungsverbots in Wirkung tritt, ist nicht die Kenntniß des Drittschuldners von der Beschlagnahme — wie die Kenntniß von der Cession (§ 406) — als maßgebend für die Abgrenzung der Compensationsbefugniß erklärt worden. (Mot. II S. 112.)

3. Ob einer der in § 392 gedachten ausnahmsweise die Compensation ausschließenden Fälle vorliegt, hat der Gläubiger, für den die Beschlagnahme erfolgt ist, zu beweisen.

§ 393. Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig.

1. Das Röm. Recht versagt die Compensation bei Ansprüchen wegen widerrechtlicher Besitznahme fremder Sachen (l. 14 § 2 C. de comp. 4,31), ebenso das Sächs. B. G. B. § 994 und das Franz. Recht (code civil art. 1293). — Die weitergehende Vorschrift des § 393 entspricht der Versagung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangter Gegenstände (§ 273 Abs. 2).

2. Die Aufrechnung ist nach bisherigem Recht gegenüber gewissen Forderungen mit Rücksicht auf ihren Rechtsgrund und auf den besonderen Zweck und Charakter der betreffenden Schuldverhältnisse für unzulässig erklärt, insbesondere gegenüber dem Anspruch auf Rückgabe in Verwahrung gegebener oder geliehener Sachen oder auf Zahlungen von Alimenten (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 363 f.). — Das B. G. B. hat solche Beschränkungen nicht aufgenommen; die Vorschrift des § 393 erschien genügend (Mot. II S. 105, 113).

Betreffs der Aufrechnung beim Rücktritt vom Vertrage vgl. § 337.

§ 394. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden.

1. Die — vom bisherigen Recht abweichende — Vorschrift des § 394 Satz 1 beruht auf der Erwägung, wenn man — aus öffentlich-rechtlichen und socialpolitischen Gründen — die Pfändung gewisser Forderungen (insbes. Arbeits- oder Dienstlohn, Diensteinkommen, Pensionen ꝛc., vgl. C. P. O. § 749) für unzulässig erkläre, so sei es inconsequent, die Aufrechnung zu gestatten und „auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Exekution, den Gläubiger zu zwingen, sich in die Nicht-Befriedigung zu fügen" (Mot. II S. 113).

Die Bestimmung zeigt ihre praktische Bedeutung insbesondere im Verhältniß zwischen Arbeitsgebern und Arbeitsnehmern, indem erstere nach dem B. G. B. nicht mehr in der Lage sind, wegen ihrer Forderungen an ihre Arbeitsnehmer (wegen Beschädigungen ꝛc.) durch Einbehaltung des Lohnes, bezw. durch Abzüge davon Deckung zu verschaffen.

Die im § 394 Satz 2 für die dort gedachten Kassen festgesetzte Ausnahme von dem Grundsatze des § 394 Satz 1 ist in der 2. Lesung des Entw. beschlossen worden.

§ 395. Gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist.

Die auf Gründen administrativer Zweckmäßigkeit beruhende Vorschrift entspricht hinsichtlich fiskalischer Forderungen dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 368, 369) und ist nun auch auf Gemeinden, einer im gem. Recht bereits vertretenen Ansicht gemäß, und ferner auch auf andere Kommunalverbände ausgedehnt worden.

§ 396. Hat der eine oder andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Theil die Forderungen bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen. Wird die Auf-

rechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Theil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Schuldet der aufrechnende Theil dem anderen Theile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung.

1. Wie bei der Zahlung so gewährt auch bei der ihr principiell gleichgestellten Aufrechnung das B. G. B. — im Anschluß an das gem. Recht — in erster Reihe dem Aufrechnenden die Befugniß, diejenigen von mehreren Forderungen, welche gegen einander aufgerechnet werden sollen, nach seiner Wahl zu bestimmen. — In Ermangelung einer solchen Wahl kommen die für die Anrechnung einer Zahlung (Leistung) bei mehreren Schulden in § 366 Abs. 2 gegebenen Vorschriften zur Anwendung. Es hätte aber das Wahlrecht des Aufrechnenden, wenn es ihm unbeschränkt, wie im II. Entw. § 340 eingeräumt worden wäre, zur ungehinderten Vereitelung des dem Gläubiger einer verjährten Forderung in § 390 zugebilligten Compensationsrechts führen können, indem nämlich der Aufrechnende, wenn seiner Forderung eine nach § 390 aufrechenbare verjährte und eine nicht verjährte Forderung gegenüberstehen, die Aufrechnung gegen die noch nicht verjährte Forderung des anderen Theiles hätte erklären können. Es ist daher letzterem in der Revisionslesung des II. Entw.[1]) im § 360 Abs. 1 Satz 2 — im Anschluß an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 150, 151, 375 — das Recht gewährt worden, der Bestimmung des Aufrechnenden unverzüglich zu widersprechen und dadurch die Anwendung des gesetzlichen Anrechnungs-Modus herbeizuführen. — In der 2. Lesung des Entw. war ein Antrag auf Gewährung eines solchen Widerspruchsrechts abgelehnt worden (Reatz I S. 173).

2. Da nach dem B. G. B. wie nach gem. Recht der Schuldner in erster Reihe gleichwie bei der Zahlung das Wahlrecht hat, auf welche Forderung er seine Gegenforderung anrechnen will, und da durch die rechtlich zulässige Compensation die Forderung des Gegners wie durch Zahlung getilgt wird, so folgt hieraus, daß statt der einmal zur Compensation verwendeten Forderung nicht späterhin eine andere Forderung als Compensations-Objekt gewählt werden darf; es darf also insbesondere eine solche anderweite Compensation auch nicht als Replik gegenüber der Einrede der Compensation geltend gemacht werden (compensatio compensationis non datur). — Andererseits kann aber die Compensations-Einrede vom Gegner des Aufrechnenden durch Berufung darauf beseitigt werden, daß die von Neuem zur Compensation gestellte Forderung bereits früher anderweit aufgerechnet worden sei, oder daß der Aufrechnende vertragsmäßig dem Compensations-Einwande entsagt oder in der Ausübung des Compensationsrechts vertragsmäßig beschränkt sei, daß er z. B. das Kaufgeld für ein Grundstück zur Bezahlung von Schulden des Verkäufers zu verwenden sich verpflichtet habe (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 370).

Nach dem Preuß. A. L. R. (a. a. O. § 375) finden bei der Compensation die für die Anrechnung von Zahlungen geltenden Vorschriften Anwendung. Der Gläubiger kann also in Ermangelung eines Uebereinkommens der Parteien gegenüber der Compensations-Einrede (im Wege der Replik) geltend machen, daß die vom Schuldner vorgenommene Compensation nicht den gesetzlichen Grundsätzen entspreche.

Das B. G. B. hat sich dem Preuß. Recht hier insofern genähert, als der Gegner des

---

[1]) Vgl. Dr. Küntzel, Beschlüsse, die von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. 2c. bei der Revision der 2. Lesung gefaßt worden sind, Gruchot, Beiträge, Bd. 40 S. 145 f.

Aufrechnenden gegen die von letzterem getroffene Wahl nach § 398 Widerspruch erheben, hiernach also eine Compensations-Replik geltend machen kann.

3. Das Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 155, 375) enthält die praktische, Streitigkeiten über die Reihenfolge der Anrechnung im betr. Processe thunlichst abschneidende Bestimmung, daß bei der Compensation sowie bei der Zahlung zunächst nach den Kosten und Zinsen die vom Gläubiger zuerst eingeforderte Kapitals-Post als getilgt zu betrachten ist. Gegenüber einer eingeklagten Post, welche als die zuerst eingeforderte zu betrachen ist, ist sonach die vom Beklagten erklärte Compensation maßgebend [1]).

Das B. G. B. enthält eine solche Bestimmung nicht. Es ist danach vielmehr gemäß §§ 366 Abs. 2, 398, wenn der Gläubiger der vom Schuldner hinsichtlich der Aufrechnung getroffenen Bestimmung widerspricht, die zur Anfrechnung verwendete Forderung zunächst auf die fällige Schuld des andern Theiles anzurechnen, oder bei mehreren fälligen Schulden auf die weniger gesicherte und bei gleicher Sicherheit auf die dem Schuldner lästigere Schuld.

4. Nach Preuß. A. L. R. kann der vorläufig nur wegen eines Theils der Forderung des Klägers verklagte Schuldner eine den ganzen Betrag derselben nicht erreichende Gegenforderung zunächst gegen den eingeklagten Forderungs-Theil zur Aufrechnung bringen, indem, wenn nicht vorher die ganze Forderung des Klägers außergerichtlich verlangt ist, die eingeklagte Theil-Forderung als die zuerst eingeforderte Kapitals-Post im Sinne des in der vorst. Bemerk. cit. § 155 Th. I Tit. 16 des A. L. R. zu betrachten ist [2]).

Dagegen ist nach gem. Recht, — in welchem der erwähnte Grundsatz des Preuß. Rechts nicht gilt, — der Gläubiger (Kläger) im gedachten Falle befugt, die Compensations-Einrede durch die Replik zu beseitigen, daß er die Gegenforderung des Schuldners auf den nicht eingeklagten Theil seiner Forderung verrechnen wolle [3]); denn die ganze Forderung des Klägers, ihr eingeklagter und der nicht eingeklagte Theil ist dann als eine einheitliche Forderung zu betrachten, dergestalt, daß vom Gesammtbetrag derselben der Betrag der zur Compensation gestellten Gegenforderung als getilgt anzusehen ist, also der hiernach sich ergebende rückständige Theil durch die Compensation nicht betroffen wird.

In gleicher Weise kann auch nach dem B. G. B. die Compensations-Einrede gegen eine eingeklagte Theil-Forderung beseitigt werden.

5. Die Forderungen und Gegenforderungen aus einem eigentlichen (vertragsmäßigen) Conto-corrent-Verhältniß bilden den Gegenstand einer vertragsmäßigen, nicht gesetzlichen Compensation, welche am Schluß der betr. Rechnungsperiode durch Vergleichung der ganzen Credit- und Debet-Posten-Reihe erfolgt und deren im Saldo sich darstellendes Schlußergebniß den Gegenstand der aus dem Conto-corrent-Verhältniß entspringenden Forderung bildet; die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen können daher nicht für sich allein überhaupt oder im Wege der Compensation geltend gemacht werden [4]).

---

[1]) Urth. des R. O. H. G. vom 4. März 1873 und vom 11. Sept. 1874, Entsch. Bd. 10 S. 110f. und Bd. 15 S. 105 ff., Urth. des R. G. vom 19. Mai 1882, Entsch. Bd. 7 S. 246.

[2]) Vgl. die in der vorstehenden Note cit. Urtheile des R. O. H. G. vom 11. Sept. 1874 und des R. G. vom 19. Mai 1882; — dagegen: Urth. des vorm. Ob. Trib. vom 27. April 1876, Entsch. Bd. 77 S. 225, 227 f.

[3]) Vgl. Urth. des R. G. vom 6. Febr. 1885, Entsch. Bd. 13, S. 175.

[4]) Vergl. Urtheil des R. G. vom 21. September 1883, Entsch. Bd. 10 S. 53 f. — vom 1. Februar 1887, Entsch. Bd. 18 S. 247 — und vom 21. September 1888, Entsch. Bd. 22 S. 132.

In gleicher Weise kann auch von Personen, zwischen denen zwar nicht ein eigentliches Conto-corrent-Verhältniß (mit gegenseitiger Creditgewährung) vertragsmäßig besteht, die aber doch in fortlaufender Geschäftsverbindung mit einander stehen (auch stillschweigend) vereinbart werden, daß nur der beim Abschluß der Rechnung sich ergebende Saldo solle geltend gemacht (bezw. eingeklagt) werden können; im Fall einer solchen Vereinbarung ist die Einklagung eines einzelnen Postens nach Abschluß der betr. Geschäftsperiode nicht für ausgeschlossen zu erachten, und hat dann der Beklagte nachzuweisen, daß die eingeklagte Forderung durch Zahlung oder Compensation erloschen sei, (oder er kann auch geeigneten Falls geltend machen, daß der Kläger zunächst Rechnung legen müsse). (Urtheil des R. G. vom 21. September 1888, Entsch. Bd. 22 S. 132.)

Vierter Titel.

Erlaß.

§ 397. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt.

Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht besteht.

1. Der vertragsmäßige Erlaß bildet einen „abstracten" Vertrag, zu dessen Wirksamkeit — wie der im II. Entw. als entbehrlich gestrichene § 290 Abs. 2 des I. Entw. noch ausdrücklich besagte — die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich ist.

Der Mangel eines Rechtsgrundes oder die Fehlerhaftigkeit desselben ist aber von Bedeutung für die Frage, ob der Erlaß angefochten und die Aufhebung seiner Wirkungen gefordert werden kann.

Eine — im I. Entw. § 290 erfolgte — ausdrückliche Berücksichtigung des theilweisen Erlasses im Gesetze erschien entbehrlich (Reatz I S. 174).

2. Der I. Entwurf § 290 Abs. 5 bestimmte noch ausdrücklich:

Ein von dem Schuldner nicht angenommener Verzicht des Gläubigers auf die Forderung ist unverbindlich.

Die Bestimmung ist im II. Entw. gestrichen worden, indem sie nach dem einen (Verzichts-) Vertrag voraussetzenden Abs. 1 des § 397 für entbehrlich erachtet wurde. (Reatz I S. 175.)

3. Bezüglich des im § 397 Abs. gedachten sogen. negativen Anerkennungsvertrages vgl. die Bemerk. zu § 781.

Vierter Abschnitt.

Uebertragung der Forderung.

§ 398. Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

1. In Uebereinstimmung mit den modernen Gesetzgebungen — mit Ausnahme des Sächs. B. G. B. §§ 953 ff. — geht das B. G. B. von dem im Röm. Recht noch nicht anerkannten Grundsatze aus, daß Forderungen, „ohne daß es einer Einwilligung des Schuldners bedarf, vermöge besonderen Rechtstitels in der Art auf einen Anderen als den bisherigen Gläubiger übertragen werden können, daß mit der Uebertragung der Letztere aufhört, Gläubiger zu sein, und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt, die übertragene Forderung somit als eigene erwirbt" (Mot. II S. 118). Es findet also eine „Sondernachfolge" in die übertragene (abgetretene, cedirte) Forderung statt.

2. Die Forderungs-Abtretung (Cession) ist nach bisherigem Recht ein formell, aber nicht materiell selbständiges Rechtsgeschäft mit besondern Rechtswirkungen, deren Bestand in mannigfachen Beziehungen von dem der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte oder dem rechtlichen Zwecke, zu welchem sie erfolgt, abhängig ist [1]. Die Cession ist also — ähnlich wie die Uebergabe (Tradition) — ein Erfüllungs-Geschäft. Die Verpflichtung zur Forderungs-Uebertragung (Cession) kann namentlich durch Vertrag (Cessionsvertrag, pactum de cedendo) begründet werden, und dieser Vertrag vor oder auch gleichzeitig mit der Uebertragung selbst (in demselben Akte) erklärt werden.

Das B. G. B. betrachtet dagegen die Erklärung der Forderungsübertragung (Abtretung) als „abstrakten" Vertrag, dessen Wirksamkeit von dem ihm zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte (causa, Kausalgeschäft) unabhängig ist. Es beruht diese Auffassung der Cession auf dem den I. Entw. beherrschenden, wie die Motive II S. 3 ihn nennen, „großen" Grundsatze der „Unabhängigkeit des sogenannten dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa" (Mot. a. a. O.). „Die Rückgängigmachung der Wirkungen des dinglichen Rechtsgeschäfts, — erklären die Motive dabei a. a. O. — kann nur nach Maßgabe der Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 737—748, jetzt §§ 812—822) gefordert werden, also im Wege des persönlichen Anspruchs". Ein Zurückgehen auf das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ist dann aber doch unvermeidlich erforderlich.

3. a) Der zur Cession verpflichtende, gegenseitige (lästige) Vertrag (pactum de cedendo) muß nach den allgemeinen Vorschriften des Preuß. A. L. R. über die Form von Verträgen bei Forderung von mehr als 150 M. schriftlich abgefaßt sein. Die Cession über Forderungen, „worüber briefliche Urkunden vorhanden sind", muß „allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich erfolgen". (A. L. R. Th. I Tit. 11 § 394.)

Ist der der Cession zu Grunde liegende Vertrag wegen Formmangels unverbindlich, so wird dieser Formmangel nach Preuß. Recht nicht — wie es bei formell ungültigen Grundstücksveräußerungen die Auflassung bewirkt — durch die an sich gültige Cessions-Erklärung geheilt; es hat aber die Cession als Erfüllungsgeschäft die Wirkung, welche überhaupt der Vertrags-Erfüllung beigelegt ist [2]; danach kann der Formmangel nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Vertrag über bewegliche Sachen, wozu in der Regel auch Rechte gehören, von beiden Theilen erfüllt ist (§ 146 Th. I Tit. 5), während, wenn der Vertrag nur von einem Theile bezw. nur unvollständig erfüllt ist, — abgesehen von dem Falle, wenn Handlungen den Hauptgegenstand des Vertrags bilden, — beide Theile vom Vertrage zurücktreten können. — Eine schenkungsweise erfolgte Cession hat hiernach — wie die Uebergabe geschenkter Sachen — die Bedeutung der Erfüllung des Schenkungs-Versprechens; entbehrt letzteres der dafür vorgeschriebenen gerichtlichen Abfassung, so wird doch durch die Cession die cedirte Forderung auf den

---

[1]) Vergl. Urth. des R. G. vom 18. September 1884, Entsch. Bd. 12 S. 250 f.

[2]) Urth. des R. G. vom 18. Sept. 1884, Entsch. Bd. 12 S. 250 f.

damit Beschenkten übertragen, die Schenkung kann aber wie überhaupt außergerichtliche Schenkungsverträge binnen 6 Monaten nach der Cession (Uebergabe) widerrufen werden (§§ 1063—1067, 1089, 1090 Th. I Tit. 11 des Preuß. A. L. R.).

b) Nach dem B. G. B. ist das Abtretungsversprechen, sowie die Abtretung selbst in der Regel formfrei; zur Abtretung von Hypothekenforderungen ist aber schriftliche Form und Uebergabe des Hypothekenbriefs erforderlich (§ 1154, vgl. auch § 1159).

Das schenkungsweise Versprechen einer Forderungs-Cession bedarf wie Schenkungs-Versprechen überhaupt (§ 518) zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Form. Da aber nach § 518 Abs. 2 der Form-Mangel durch Bewirkung der Leistung geheilt wird, so können Forderungen schenkungsweise formlos, also auch mündlich gültig abgetreten werden. (Vgl. Bemrk. zu § 581.) Die Berechtigung der hiergegen erhobenen Bedenken wurde in der Komm. für die 2. Lesung des Entw. zum Theil anerkannt, die Mehrheit der Komm. hielt aber den Gesichtspunkt für maßgebend, daß der Schenker hier, wie bei einer Schenkung mittelst constitutum possessorium und beim schenkungsweisen Erlaß, wobei ebenfalls Formfreiheit gilt, bei Abgabe der Erklärung sich bewußt sein werde, daß er die Schenkung nicht bloß verspreche, sondern bereits vollziehe (Reatz I S. 249).

§ 399. Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.

1. Der I. Entw. § 295 Abs. 2 enthielt die Bestimmung: „Durch Rechtsgeschäft kann die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden".

Im Gegensatz hierzu erklärt nun das B. G. B. (nach einem Beschlusse der Komm. für die 2. Lesung des Entw., II § 393) in Uebereinstimmung mit der im gem. und Preuß. Recht herrschenden Auffassung eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Forderungs-Abtretung mit Wirkung gegen Dritte mit Rücksicht auf das mögliche Interesse des Schuldners in der Regel (Ausnahmen: §§ 400, 405) für zulässig, z. B. bei Eisenbahn-Rückfahrkarten, Rundreise- und Abonnementskarten 2c. Die betr. Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und Schuldner kann bei oder auch nach der Begründung der Forderung getroffen werden. (Denkschr. S. 55.)

2. Zu den nicht übertragbaren Forderungen gehören insbesondere „im Zweifel" der Anspruch auf Dienste (§ 613) und auf Ausführung eines Auftrages (§ 664 Abs. 2); ferner können u. a. nicht übertragen werden: Das Vorkaufsrecht (§ 514), die Ansprüche der Gesellschafter gegen einander aus dem Gesellschaftsvertrage (§ 717), der Anspruch des Verletzten auf Ersatz des nicht vermögensrechtlichen Schadens bei Körperverletzung oder Freiheitsentziehung (§ 847) und der Anspruch auf die Aussteuer (§ 1623). — Vgl. auch §§ 1090—1092, 1300 Abs. 2, 1408, 1427, 1585, 1658. — Unübertragbar sind auch die Rechte aus Depotscheinen der Reichsbank.

§ 400. Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist.

Vgl. C. P. O. § 749; s. auch oben §§ 377 und 394.

§ 401. Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.

Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen.

1. Der I. Entw. § 297 wollte mit der abgetretenen Forderung „die mit dieser zur Zeit der Uebertragung verbundenen Vorzugsrechte" auf den neuen Gläubiger übergehen lassen, desgl. die „mit der Forderung verbundenen zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte". Diese Fassung erschien bei der 2. Lesung des Entw. zu allgemein, indem unter den Begriff: „verstärkende Nebenrechte" auch solche Rechte sich bringen ließen, auf welche die Vorschrift nicht passe, wie z. B. das kaufmännische Retentionsrecht nach Art. 313 des H. G. B. — Es erschien daher zweckmäßig, nur Pfandrechte und Hypotheken sowie Bürgschaften als die hauptsächlich in Betracht kommenden Arten von Nebenrechten in der Vorschrift (II § 345) als auf den neuen Gläubiger übergehend zu erwähnen. Es soll dabei aber eine analoge Anwendung der Vorschrift auf andere Nebenrechte nicht ausgeschlossen sein. (Reatz I S. 177, v. Jecklin, der Entw. 2c. in 2. Lesung, Gruchot, Beiträge Bd. 37 S. 707.)

2. Darüber, ob mit der abgetretenen Forderung auch der Anspruch auf Früchte, Zinsen und Vertrags-Strafen ohne weiteres auf den neuen Gläubiger übergeht, enthält das B. G. B. keine Bestimmung, bezw. Auslegungsregel. Das Sächs. B. G. B. § 969 bestimmt in dieser Hinsicht: „Rückständige Zinsen, welche durch eine besondere Klage gefordert werden können, gehen im Zweifel nicht auf den neuen Gläubiger über". Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 402 besagt allgemein, daß der Cessionar durch die Cession in alle abgetretenen Rechte des Cedenten eintritt. Es ist, — wie auch die Motive II S. 125 meinen, — Sache der Auslegung im concreten Falle, ob die gedachten Rechte als mitabgetreten zu betrachten sind.

§ 402. Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft zu ertheilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.

Die Verpflichtung des Cedenten nach § 402 bezieht sich insbesondere — wie § 301 des I. Entw. in Uebereinstimmung mit dem Sächs. B. G. B. § 970 noch ausdrücklich besagte, — auch auf die Ausantwortung der Schuldurkunde und auf die Angabe der Beweismittel.

§ 403. Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen.

Bei der dem neuen Gläubiger zu seiner Legitimation zu ertheilenden Urkunde braucht gemäß § 129 die Unterschrift nicht gerichtlich oder notariell beglaubigt zu sein, es genügt vielmehr die Beglaubigung der Unterschrift durch eine Behörde oder einen Beamten, welche nach dem betr. Landesgesetze für solche Beglaubigungen zuständig sind.

§ 404. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.

1. Eine Vorschrift des im § 404 geb. Inhalt enthielt der I. Entw. nicht; es erschien „kaum möglich eine allen Anforderungen genügende Fassung zu finden". (Mot. II S. 129.) Der dem § 404 entsprechende § 302 des I. Entw. bestimmte demgemäß nur: „Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben".

Solche Einreden kennt aber das B. G. B. nicht. Sofern sie durch eine Vereinbarung zwischen den Gläubigern und Schuldnern begründet sind, wenn z. B. eine Stundung nur dem Stundenden, nicht auch dessen Cessionar binden soll, so ist eine solche Vereinbarung ohne weiteres maßgebend. Die Vorschrift des § 302 des I. Entw. erschien hiernach an sich gegenstandslos. (Reatz I S. 178, v. Jecklin, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, Gruchot, Beiträge Bd. 37 S. 708 f.)

Die Bestimmung sollte aber auch in Verbindung mit dem bei der Cession geltenden Princip der Sondernachfolge ergeben, daß alle übrigen Einreden außer den im cit. § 302 gedachten dem Schuldner auch gegen den neuen Gläubiger zustehen sollten, „soweit nicht ein Anderes sich daraus ergiebt, daß die Verfügungsgewalt des bisherigen Gläubigers aufhört" (Mot. II S. 129).

Bei der praktischen Wichtigkeit der Frage hielt aber die Komm. für die 2. Lesung des Entw. mit Recht eine ausdrückliche Vorschrift für erforderlich.

2. Für die Zulässigkeit der Einreden kommt es nach § 404 darauf an, daß ihr Rechtsgrund zur Zeit der Cession bereits vorhanden war, wenn auch die betr. Thatsachen, z. B. eine Resolutiv-Bedingung, erst nach der Cession eintreten.

§ 405. Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

1. In der neueren wissenschaftlichen Rechtsentwickelung hat die Auffassung mehr und mehr Geltung erlangt, ein Jeder habe für seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen dergestalt einzustehen, daß er gutgläubigen Dritten gegenüber nicht geltend machen dürfe, seine Erklärung sei nur zum Schein abgegeben worden [1]). In Uebereinstimmung hiermit hat das Reichsgericht wenigstens für das gem. und das rheinisch-französische Recht den Grundsatz angenommen, „daß ein Dritter überhaupt nicht in Schaden dadurch versetzt werden darf, daß ihm gegenüber die Simulation des rechtlichen Vorganges, auf Grund dessen er contrahirt hat, behauptet wird"; es komme also nicht darauf an, daß der Erklärende die Absicht gehabt habe, durch die simulirte Erklärung den Dritten zu schädigen, bezw. zu der seine Benachtheiligung herbeiführenden Rechtshandlung zu veranlassen [2]).

Die Kommission für die 2. Lesung des Entw. hat in ihrer Mehrheit eine allgemeine Schutzvorschrift für den Verkehr gegenüber Scheingeschäften nicht für erforderlich, bezw. angemessen erachtet; die Täuschungsabsicht — so wurde ausgeführt — werde häufig nur

---

[1]) Vgl. Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, in Jhering's Jahrb. Bd. 16 S. 127 ff.

[2]) Urth. vom 1. Novbr. 1887, Entsch. Bd. 20 S. 336 f., 340 f. In dem durch dies Urtheil entschiedenen Falle hatte bei einer Erbtheilung eine Tochter A. ihrem Vater B. zum Schein eine Quittung über 1856 M. ausgestellt, dann aber diese Summe für sich hypothekarisch eintragen lassen. Ein Gläubiger des B. verlangte vor dessen Tochter locirt zu werden, weil er sich mit Rücksicht auf die erwähnte Quittung zur Kreditgewährung an B. habe bestimmen lassen. Das R. G. hielt den Anspruch an sich mit Bezug auf den oben erwähnten Grundsatz für gerechtfertigt. Nach dem B. G. B. würde dies nicht der Fall sein.

gegen bestimmte Personen gerichtet sein, daraus lasse sich nicht für Jedermann das Recht herleiten, das an sich ungültige Geschäft seinerseits als gültig zu behandeln; es empfehle sich nicht, den Schutz des guten Glaubens zu einem allgemeinen Rechtsprincip zu erheben, zumal dadurch die Begründung der möglichst zu vermeidenden relativen Rechtsverhältnisse begünstigt werde.

In Uebereinstimmung mit dem Französ. Recht (code civil art. 1321) und mit der auch im gem. und Preuß. Recht hervorgetretenen Auffassung hat nun aber das B. G. B. nach dem Beschluß der Komm. für den II. Entw. (§ 348) dem gutgläubigen Erwerber (Cessionar) einer verbrieften Schein-Forderung durch die Vorschrift des § 405 Schutz gewährt [1]).

In ähnlicher Weise gewährt ferner das B. G. B. (§§ 892, 893) auch Schutz im grundbuchrechtlichen Verkehr gegenüber eingetragenen Schein-Forderungen und ferner durch die Vorschriften zu Gunsten gutgläubiger Erwerber beweglicher Sachen oder von Rechten an solchen Sachen (§§ 932 bis 936, 1032, 1207).

2. Eine Ausdehnung der Schutzvorschrift des § 405 auf nicht verbriefte Forderungen wurde von der Komm. für den II. Entw. nicht für erforderlich erachtet, da die Abtretung solcher Forderungen für den Verkehr weit weniger Bedeutung habe und hier die Vorschrift des § 405 den Scheinschuldner allzu hart träfe, „gegen den die zu einem bestimmten Zwecke abgegebene Scheinerklärung noch zu einer Zeit, in welcher dieser Zweck längst der Vergangenheit angehörte, Kraft erlangen könnte". (Reatz I S. 179, 180.)

3. Die Rechtsnachfolger des gutgläubigen Erwerbers treten in dessen Rechtsstellung ein; auch ihnen ist daher gegen den Einwand der Simulation nach § 405 Schutz zu gewähren, und zwar in Uebereinstimmung mit der in der Komm. für den II. Entw. vertretenen Auffassung selbst dann, wenn ihnen beim Erwerb der Forderung die Simulation bekannt war. (Reatz I S. 180.)

4. Um die Activlegitimation des klagenden Cessionars mit Erfolg zu bestreiten, genügt nicht ohne weiteres die Behauptung, die Cession sei nur zum Schein ausgestellt, etwa um den Cessionar nur zur Einklagung für den Cedenten zu legitimiren (vgl. § 409); wenn aber der Beklagte nachweislich ein rechtliches Interesse daran hat, daß nicht der Cessionar, sondern der Cedent als Kläger auftrete, so wird er — wie nach bisher. Recht — die Simulation der Cession geltend machen können.

§ 406. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntniß hatte oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntniß und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

1. Die Aufrechnung ist hier bezüglich der erst nach der cedirten Forderung fällig gewordenen Gegenforderungen im II. Entw. § 349 in gleicher Weise beschränkt worden, wie bei der Aufrechnung gegenüber beschlagnahmten Forderungen. Vgl. § 392.

2. Der I. Entw. § 303 wollte die Beweislast dahin regeln, daß der Schuldner, um compensiren zu können, den Beweis erbringen sollte, daß die Gegenforderung an den bisherigen

---

[1]) Das Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationen-Recht vom 14. „Brachmonat" 1881 bestimmt allgemeiner in Art. 16 Abs. 2: „Dem gutgläubigen Dritten, welcher ein schriftliches Schuldbekenntniß besitzt, kann der Schuldner nicht die Einrede der Simulation entgegensetzen"; diese Bestimmung ist dann in Art. 189 Abs. 2 a. a. O. auch hinsichtlich der Einrede der Simulation bei Cessionen für anwendbar erklärt.

Gläubiger „ihm bereits zu der Zeit zustand, in welcher er von der Uebertragung Kenntniß erhalten hat". In § 406 (II § 349) ist nun der Schutz des Schuldners durch Umkehrung der Beweislast verstärkt worden.

§ 407. Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urtheil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urtheil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.

1. Auf welche Weise der Schuldner von der Cession Kenntniß erlangt, ist gleichgültig. Eine Benachrichtigung des Schuldners von der Cession durch den bisherigen oder den neuen Gläubiger oder durch das Gericht ist — in Abweichung vom Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 413—417 — nicht vorgeschrieben.

Die Vorschrift des § 407 stimmt aber insofern mit dem Preuß. A. L. R. überein, als letzteres alle Verhandlungen zwischen dem Cedenten und dem Schuldner für ungültig erklärt, wenn letzterer nachweislich bereits von der Cession Kenntniß hatte und, „um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, in diese Verhandlungen sich eingelassen" hat.

Nach dem Sächs. B. G. B. § 972 kann sich der Schuldner, so lange er eine Benachrichtigung wie die erwähnte, noch nicht erhalten hat, „durch Erfüllung an den abtretenden Gläubiger und durch Vertrag mit demselben von seiner Schuld befreien".

Das Franz. Recht (code civil art. 1690, 1691) knüpft die Wirkung der Cession gegen Dritte an die dem Schuldner zugestellte Benachrichtigung von der Cession (signification) oder an die in einem authentischen Akte erfolgte Annahme der Cession Seitens des Schuldners.

2. Nach dem B. G. B. ist es „Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles, ob aus den gegen den Schuldner diesfalls geltend gemachten Umständen eine wirkliche Kenntniß desselben von der erfolgten Forderungsübertragung zu entnehmen ist" (Mot. II S. 133). Der Sicherheit wegen wird sich aber auch künftig eine Benachrichtigung des Schuldners von der Cession durch den neuen oder namentlich durch den bisherigen Gläubiger empfehlen. — Vgl. auch § 409.

3. Bei der Vorschrift des § 407 Abs. 2 wollte der I. Entw. § 304 das betr. Urtheil dann auch gegen den neuen Gläubiger nicht gelten lassen, wenn der Schuldner nachweislich von der Cession „zu derjenigen Zeit Kenntniß hatte, in welcher dieselbe hätte geltend gemacht werden können". Die Komm. für die 2. Lesung des Entw. hat dagegen die Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit für entscheidend erklärt. Vgl. C. P. O. § 236.

§ 408. Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des

Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.

Der I. Entw. § 305 verlangte in dem im § 408 Abs. 2 gedachten Falle eine schriftliche Anerkennung Seitens des bisherigen Gläubigers. Die Komm. für die 2. Lesung des Entw. hat (in II § 351) das Erforderniß der Schriftlichkeit gestrichen.

§ 409. Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt.

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist.

1. Das (einseitige) Rechtsgeschäft der Anzeige ist „unabhängig (auch) davon, daß die Uebertragung wirklich erfolgt oder ungültig, d. h. nichtig oder anfechtbar oder angefochten ist“ (Mot. II. S. 135).

2. Der Schutz des § 409 Abs. 1 ist dem Schuldner auch dann nicht entzogen, „wenn er die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der zu Grunde liegenden Abtretung gekannt hatte, auch dann nicht, wenn nur der Schuldner, nicht auch der Gläubiger solche Kenntniß gehabt hatte, vorbehaltlich der Verantwortlichkeit des Schuldners wegen Betheiligung an einer unerlaubten Handlung nach allgemeinen Grundsätzen“ (Mot. II. S. 135 f.).

§ 410. Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat.

1. Statt der im I. Entw. § 308 für genügend erachteten formfreien Anzeige der Abtretung ist nun (wie in II § 353 Abs. 2) zum größern Schutze des Schuldners in § 410 Abs. 2 eine schriftliche Anzeige erfordert.

2. Die Mehrheit der Komm. für die 2. Lesung des Entw. lehnte es ab, die Frage zu entscheiden, ob lediglich die Leistungspflicht des Schuldners von der Aushändigung einer Urkunde über die Cession abhängig sei, oder ob es sich dabei um ein Retentionsrecht des Schuldners wegen seines Anspruchs auf Aushändigung einer solchen Urkunde handle. (Reatz I S. 183.) Vgl. § 273. — Es ist wohl nur ersteres anzunehmen, nicht aber deshalb ein Retentionsrecht des Schuldners für vorliegend zu erachten.

3. In die C. P. O. (§ 89a) soll die Bestimmung aufgenommen werden, daß dem

Kläger (Cessionar) die Kosten des gegen den Schuldner angestellten Processes insoweit zur Last fallen, als sie deshalb entstanden sind, weil der Beklagte dadurch, daß der Kläger vor der Klage die Mittheilung bezw. den vom Beklagten verlangten Nachweis der Cession unterließ, zur Bestreitung des Anspruchs veranlaßt worden ist.

§ 411. Tritt eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Theil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehalts ab, so ist die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen. Bis zur Benachrichtigung gilt die Abtretung als der Kasse nicht bekannt.

Die Vorschrift verallgemeinert die Bestimmungen des Reichsbeamten-Gesetzes vom 31. März 1873 § 6 und des Reichs-Militär-Gesetzes vom 2. Mai 1874 § 45. „Die Vorschrift hat die Sicherstellung der Kassenbeamten und die Ordnung der Kassenführung im Auge“ (Mot. II S. 140).

§ 412. Auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399 bis 404, 406 bis 410 entsprechende Anwendung.

Eine Forderungs-Uebertragung kraft Gesetzes findet insbes. statt in den Fällen der §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1225, 1249, 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2.

§ 413. Die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen finden auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Eine besondere Vorschrift enthält § 792 bezüglich der Uebertragung der Rechte aus einer Anweisung vor der Annahme.

Fünfter Abschnitt.

Schuldübernahme.

§ 414. Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

1. Nach Röm. Recht kann das vertragsmäßige Eintreten eines neuen Schuldners statt des bisherigen nur durch Novation, einen die bisherige Forderung aufhebenden „Neuerungs-Vertrag“ (wie ihn das Sächs. B. G. B. §§ 1001 ff. nennt), vermittelt werden. Auf dem Standpunkte des Röm. Rechts steht auch das Sächs. B. G. B. §§ 1003, 1005, sowie das Französ. Recht (code civil art. 1271, 1274, 1275 f., 1279).

Das B. G. B. (§ 414) erklärt dagegen — wie auch das Preuß. A. L. R. in seinen Vorschriften über „Expromissionen“ (Th. I Tit. 14 § 399 f.) — eine „Sondernachfolge“ in die Schuld durch Uebernahme der letzteren in der Art für zulässig, daß das bisherige Schuldverhältniß im Wesentlichen aufrechterhalten bleibt.

2. Die Zustimmung des bisherigen Schuldners zur Schuldübernahme ist nicht erfordert (§ 414). Die Schuldübernahme kann aber auch durch einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner unter hinzutretender Genehmigung des Gläubigers erfolgen (§ 415).

§ 415. Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gäubiger die Schuldübernahme mitgetheilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

So lange nicht der Gläubiger die Genehmigung ertheilt hat, ist im Zweifel der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.

Der im § 415 gedachte Vertrag begründet „im Zweifel“ unabhängig von der Genehmigung des Gläubigers eine persönliche Verpflichtung des Schuldübernehmers gegenüber dem Schuldner zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers (§ 415 Abs. 3), d. h. der Schuldübernehmer hat nicht die sofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken, sondern nur dafür zu sorgen, daß der Schuldner nicht vom Gläubiger in Anspruch genommen werde. Vgl. § 329 und Bemrk. 1 dazu.

Die Genehmigung (nachträgliche Zustimmung) des Gläubigers ist an keine Form gebunden. (Vgl. §§ 182, 184.)

§ 416. Uebernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mittheilt. Sind seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als ertheilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Absatz 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mittheilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, daß der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt.

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzutheilen. Sobald die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen.

1. Der § 416 enthält eine in der 2. Lesung des Entw. (§ 359) beschlossene wesentliche Aenderung des § 318 Abs. 2 des I. Entw. Die zum Schutze des Grundstücks-Veräußerers gegebene Bestimmung des Abs. 2 des § 416 entspricht dem Grundgedanken des § 41 des Preuß. Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872. Die Regelung ist aber im Wesentlichen im Anschluß an das Bayerische Gesetz vom 29. Mai 1886 Art. 1 Nr. 2 erfolgt.

Nach Preuß. Recht (§ 41 a. a. O.) wird der Grundstücks-Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit für die vom Käufer übernommenen Hypothekenforderungen frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Grundstücks-Eigenthümer gekündigt und sie binnen 6 Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat.

Nach dem B. G. B. ist dagegen der Gläubiger, wenn er die Schuldübernahme nicht genehmigen will, nicht zur Kündigung und Klage genöthigt; er hat vielmehr alsdann nur die Verweigerung seiner Genehmigung (binnen 6 Monaten nach Mittheilung der Schuldübernahme) dem Veräußerer zu erklären. Bei seinem Schweigen ist sein Einverständniß mit dem Eintritt des Käufers als Schuldners vom Gesetze im Hinblick darauf angenommen, daß nach der Verkehrs-Auffassung bei Hypothekenforderungen auf die persönliche Haftung des Schuldners nicht besonderes Gewicht gelegt wird.

Mit Rücksicht auf die Tragweite der Erklärung ist Schriftform für sie und der Hinweis auf die Rechtsfolge des Unterlassens der Erklärung vorgeschrieben.

Da ferner die Vorschrift des § 416 dahin wirken soll, daß die persönliche und dingliche Haftung in der Person des Grundstücks-Eigenthümers vereinigt wird, so ist die Mittheilung des Veräußerers nur dann für rechtswirksam erklärt, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist.

Die Mittheilung an den Gläubiger kann ferner nur durch den Veräußerer, nicht — wie auch nach der Regel des § 415 — durch den Uebernehmer der Schuld rechtswirksam erfolgen, und auch die Erklärung des Gläubigers muß dem Veräußerer (Schuldner) gegenüber abgegeben werden, da dieser vornehmlich dabei interessirt ist, über die künftige Rechtslage Gewißheit zu erlangen. Das Interesse des Grundstücks-Erwerbers erschien durch die Vorschrift des § 416 Abs. 3 genügend gewahrt. — Vgl. Denkschr. S. 55 f.

2. Die persönliche Verpflichtung des Grundstücks-Erwerbers gegenüber dem Veräußerer ist — wie im Fall des § 415 — unabhängig von der Genehmigung des Gläubigers. Der Grundstücks-Erwerber hat daher in der Regel („im Zweifel") nur für rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers zu sorgen, d. h. er hat dafür zu haften, daß der Grundstücks-Veräußerer nicht weiter vom Gläubiger in Anspruch genommen wird. Zur sofortigen Befreiung des Veräußerers von der Schuld ist er „im Zweifel", also in Ermangelung einer besondern Vereinbarung nicht verpflichtet. Hat z. B. der Käufer einer Parcelle eine auf dem ganzen Grundstücke haftende Hypothekenforderung in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so kann der Veräußerer „im Zweifel" nicht verlangen, daß der Parcellen-Käufer die (vielleicht erst nach Jahren fällige) übernommene Hypothekenforderung sofort auf dem dem Verkäufer verbliebenen Restgrundstücke zur Löschung bringe.

3. Hat der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigt, so dauert die persönliche Verpflichtung des bisherigen Schuldners (Grundstücks-Veräußerers) fort. Befriedigt er nun den Gläubiger, so geht die Hypothek gemäß § 1164 auf ihn über; auch sichern ihn die hypothekenrechtlichen Vorschriften der §§ 1164 bis 1167.

§ 417. **Der Uebernehmer kann dem Gläubiger die Einwendung entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und**

dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen.

Aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten.

Die Bestimmungen des § 417 Abs. 1 ergeben sich aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Princip der Sondernachfolge in das im Wesentlichen bestehen bleibende Schuldverhältniß.

Der Rechtsgrund der Schuldübernahme „ist eine den Gläubiger nicht berührende fremde Angelegenheit" (Mot. II S. 147); hieraus ergiebt sich die Vorschrift des § 417 Abs. 2.

§ 418. In Folge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Unternehmers geltend gemacht werden.

1. Die betreffs der Bürgschaften in § 418 Abs. 1 gegebene Bestimmung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Bürge „die Bürgschaft gewöhnlich nur unter Würdigung der Person und der Zahlungsfähigkeit des Schuldners" leistet, daß also die vom Bürgen übernommene Haftung beim Wechsel in der Person des Schuldners sich verändert (Mot. II S. 147). Aehnlich verhält es sich mit den für die Schuld bestellten Pfandrechten.

Der I. Entw. (§ 318) wollte das Pfandrecht dann fortbestehen lassen, wenn der Gegenstand desselben „zur Zeit der Schuldübernahme dem Schuldner rechtlich zugehört". Diese Bestimmung ist im II. Entw. (§ 361) gestrichen worden, indem sie für den Fall unbillig erschien, wenn sich die Schuldübernahme ohne Zustimmung des Schuldners vollzogen hat. (Reatz I S. 188 Note 4.)

Es erschien ferner dem muthmaßlichen Willen der Parteien und der Anschauung des Verkehrs entsprechend, daß die Haftung des Pfandes fortdauere, welches dem Schuldübernehmer zur Zeit der Schuldübernahme gehört (Reatz a. a. O.). Diese Auffassung hat in § 418 Abs. 1 a. E. dadurch Ausdruck gefunden, daß das Pfandrecht fortdauert, wenn der, dem das Pfand „zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt".

2. Nur auf bestellte Bürgschaften und Pfandrechte bezieht sich § 418 Abs. 1; gesetzliche Pfandrechte und Bürgschaften bleiben also bestehen.

Betreffs des im § 418 geb. Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek vgl. §§ 1165, 1168, 1175.

3. Die Bestimmung des § 418 Abs. 2 rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Fortdauer der mit der betr. Forderung verbundenen Vorzugsrechte im Konkurse über das Vermögen des Schuldübernehmers „sich nicht mit der zwingenden Natur der die Rangordnung der Gläubiger bestimmenden Rechtsnorm verträgt. Dem Schuldübernehmer kann das Recht nicht zugestanden werden, durch Rechtsgeschäfte in die Rangordnung einzugreifen, welche für seine Gläubiger durch Gesetz mit zwingender Wirkung bestimmt ist" (Mot. II S. 147).

§ 419. Uebernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen.

Die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Uebernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.

1. Das im I. Entw. § 319 enthaltene Wort: „ganze" vor „Vermögen" wurde im II. Entw. § 362 gestrichen, weil die Vorschrift auch dann Anwendung finden soll, wenn der Uebertragende einzelne Vermögensstücke für sich zurückbehält. (Reatz I S. 188 Note 5.)

Der I. Entwurf § 319 Abs. 3 erklärte die Vorschriften betreffs einer Vermögens-Uebertragung auch „im Falle der Uebernahme eines Bruchtheils des Vermögens" für entsprechend anwendbar. Diese Bestimmung ist im II. Entw. als selbstverständlich gestrichen worden (Reatz I S. 190).

2. Die im § 419 festgesetzte dem Verkehrsbedürfniß entsprechende direkte (unmittelbare) Haftung des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern des sein Vermögen Uebertragenden ist im gem. Recht streitig, in der Praxis des Preuß. Rechts aber betreffs des Vitalitien- oder Alimenten-Vertrages (Anh. § 19 zu § 646 Th. I Tit. 11) bereits anerkannt (vgl. Urth. des vorm. Ober-Trib. vom 26. April 1841, Entsch. Bd. 7, S. 67).

3. Das Recht der Gläubiger gegen den Uebernehmer tritt „von dem Abschlusse des Vertrags an" in Wirksamkeit; es hängt also nicht davon ab, daß der Uebernehmer das Vermögen bereits empfangen hat. Diese Regelung erschien „zur Vermeidung von Verwickelungen und um zu einem einfachen und klaren Rechtszustande zu gelangen", geboten. (Mot. II S. 151 f.)

4. Die Unzulänglichkeit des Bestandes des übernommenen Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger hat der Uebernehmer zu beweisen; den Gläubigern liegt nicht der Nachweis der Zulänglichkeit des Vermögens ob. Diese Regelung der Beweislast soll durch die Fassung: „Die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich rc." ausgedrückt werden. (Reatz I S. 188 Note 6.)

Sechster Abschnitt.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 420. Schulden mehrere eine theilbare Leistung oder haben mehrere eine theilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Antheile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Antheile berechtigt.

1. Die Vorschrift des § 420 entspricht dem gem. Recht, dem Sächs. B. G. B §§ 663, 1020, 1021 und dem Französ. Recht (code civil art. 1202, 1220). — Für Verträge ist aber der Grundsatz des Preuß. A. L. R.: Haftung der mehreren Schuldner als Gesammtschuldner angenommen worden. (§ 427.)

2. Den Begriff „theilbare" Leistung hat das B. G. B. direkt nicht bestimmt, ebenso auch nicht den gegensätzlichen Begriff: „untheilbare" Leistung. (Vgl. § 432.) In letzterer Beziehung haben die Motive II S. 172 f. die Entscheidung ausdrücklich der Rechtswissenschaft überlassen. — Es bestimmt aber § 752, die Aufhebung einer Gemeinschaft erfolge durch Theilung, „wenn der gemeinschaftliche Gegenstand, oder falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Werthes in gleichartige, den Antheilen der Theilhaber entsprechende Theile zerlegen lassen". Hierin ist eine wenigstens größtentheils zutreffende Definition der (juristischen) „Theilbarkeit" enthalten. — Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 2 § 41 bezeichnet eine Sache als untheilbar, „wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegenstehen". — Es kommt darauf an, daß die Theile mit dem Ganzen gleichartig sind, und daß Wesen und Werth der Sache bezw. Leistung durch die Theile nicht verändert, bezw. vermindert wird.

3. Der I. Entw. § 341 bestimmte:

> „Tritt an die Stelle der untheilbaren Leistung eine theilbare Leistung, insbesondere Werthersatz oder Schadensersatz, so ist jeder Gläubiger nur seinen Theil zu fordern berechtigt, jeder Schuldner nur seinen Theil zu leisten verpflichtet".

Diese Bestimmung wurde im II. Entw. als unrichtig gestrichen, weil im gedachten Falle nicht die Leistung als solche, sondern nur die Leistungspflicht der einzelnen Schuldner sich aus einer untheilbaren in eine theilbare verwandle. (Reatz I S. 198.)

§ 421. Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesammtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Theile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämmtliche Schuldner verpflichtet.

Die herrschende gemeinrechtliche Theorie unterscheidet Korreal-Obligationen (Gesammtschuldverhältnisse) und (lediglich) solidarische Obligationen (Verpflichtungen). Bei ersteren wird durch eine und dieselbe Obligation eine Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer auf eine und dieselbe, nur einmal zu beanspruchende bezw. zu bewirkende Leistung begründet, während bei der Solidar-Obligation die Verpflichtung der mehreren Schuldner zu derselben Leistung auf mehreren Obligationen beruht, insbesondere in Folge einer von Mehreren begangenen Rechtsverletzung.

Das B. G. B. hat — in Uebereinstimmung mit dem Preuß. A. L. R. (vgl. Th. I Tit. 5 §§ 423 ff.), dem Französ. Recht (code civil) und dem Sächs. B. G. B. (§§ 1019 ff.) — die Unterscheidung zwischen Korreal- und (bloßen) Solidar-Obligationen als unpraktisch verworfen und nur eine Art der Gesammtschuldverhältnisse aufgestellt.

§ 422. Die Erfüllung durch einen Gesammtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Eine Forderung, die einem Gesammtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden.

Die Vorschrift des § 422 Abs. 2 entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 306, dem Französ. Recht (code civil art. 1294) und dem Sächs. B. G. B. § 1027. „Der wesentliche Zweck des Gesammtschuldverhältnisses, dem Gläubiger die Vortheile größerer Sicherheit und leichterer und bequemerer Rechtsverfolgung zu verschaffen, würde durch die Hereinziehung des zwischen den Gesammtschuldnern und zwischen den Gesammtgläubigern je unter sich bestehenden Rechtsverhältnisses wesentlich beeinträchtigt und der beseitigten Theilungseinrede auf anderem Wege theilweise die Thüre wieder geöffnet". (Mot. II S. 163.)

Ueber die rechtliche Stellung des **Bürgen**, wenn dem Hauptschuldner eine compensable Gegenforderung gegen den Gläubiger zusteht, vgl. § 770 Abs. 2.

§ 423. Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältniß aufheben wollten.

1. Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 437 können, wenn ein Mitverpflichteter „durch **Vergleich**, Urtel oder auf andere Art Befreiung von der Schuld **nur für seine Person**" erhalten hat, die übrigen Schuldner sich hierauf nicht berufen. — Das Sächs. B. G. B. § 1030 Satz 2 bestimmt: „Erlangt ein Gesammtschuldner einen Nachlaß, so nützt dies den übrigen Gesammtschuldnern nicht". — Nach Französ. Recht (code civil art. 1285) befreit der zu Gunsten eines Mitschuldners vereinbarte Erlaß auch die übrigen, wenn der Gläubiger sich nicht ausdrücklich seine Rechte gegen sie vorbehalten hat, in welchem Falle der Gläubiger die Schuld nur nach Abzug des Antheils des Schuldners, dem sie erlassen ist, fordern kann. — Im gem. Recht ist die Frage streitig.

2. Das B. G. B. § 423 überläßt es dem Willen der Vertragschließenden, ob der Erlaß nur für den einen Gesammtschuldner, mit dem er vereinbart ist, oder auch für alle übrigen gelten soll. „Der auf die objektive Wirkung des Erlasses gerichtete Wille kann ausdrücklich erklärt, aber auch sonst aus den Umständen entnommen werden". (Mot. II S. 165.)

§ 424. Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesammtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner.

Der I. Entw. § 326 Abs. 2 bestimmte dagegen: „Das Anbieten der Leistung von Seiten eines Gesammtschuldners wirkt **nicht** für die übrigen Gesammtschulder". — Die in der 2. Lesung des Entw. (§ 367) beschlossene jetzige Bestimmung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß kein genügender Grund dafür vorliegt, die Schuldner zu nöthigen, die vom Gläubiger gegenüber einem von ihnen abgelehnte Leistung ihm nochmals anzubieten.

§ 425. Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Thatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältniß ein anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesammtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesammtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urtheile.

Die dispositive Vorschrift des § 425 beruht auf dem Grundsatze des selbstständigen und unabhängigen Charakters der **Einzelverpflichtungen** der Gesammtschuldner.

§ 426. Die Gesammtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Antheilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Kann

von einem Gesammtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesammtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.

1. Die Vorschrift des § 426 Abs. 1 entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 436, 443 ff. sowie dem Französ. Recht (code civil art. 1213—1216). Das Sächs. B. G. B. 1036 erklärt dagegen den Gesammtschuldner, welcher erfüllt hat, nur dann für berechtigt, von den übrigen Gesammtschuldnern Ersatz zu fordern, wenn zwischen ihnen „eine Gemeinschaft oder ein Auftragsverhältniß besteht".

2. Daß auch der Ausfall Mangels anderweiter Bestimmung zu gleichen Antheilen von den übrigen Gesammtschuldnern zu tragen sei, bestimmt das B. G. B. nicht; vielmehr ist, — wie in der Komm. für die 2. Lesung des Entw. anerkannt wurde (Reatz I S. 194) — die in ihrer Größe verschiedene Betheiligung an der Verpflichtung auch für die Tragung des Ausfalls maßgebend.

§ 427. Verpflichten sich Mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesammtschuldner.

Die in der 2. Lesung des Entw. (§ 370) beschlossene Bestimmung entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 424, 425 sowie dem H. G. B. Art. 280. — Die Ausdehnung der Bestimmung auf das Gebiet des allgemeinen bürgerlichen Verkehrs erschien den Bedürfnissen und Anschauungen des heutigen Verkehrs entsprechend. Dem Gläubiger sichert die solidarische Haftung der Schuldner eine einfachere und raschere Verfolgung seines Rechts, während andererseits die Verpflichtung für die gesammte Leistung, nicht nur für eine Theilleistung, auch als Vertragswille der Schuldner anzunehmen ist. (Vgl. Reatz I S. 195 f., Denkschr. S. 57.)

Das Verhältniß der Schuldner zu einander regelt sich nach § 426.

§ 428. Sind Mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, daß jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesammtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat.

Das Sächs. B. G. B. § 1023 gewährt — im Anschluß an eine verbreitete gemeinrechtliche Auffassung — dem Schuldner nur so lange die Wahl, an welchen Gläubiger er die Leistung bewirken will, „so lange er nicht von einem Gläubiger verklagt (und von der Klage durch das Gericht benachrichtigt) worden ist". Aehnlich bestimmt der code civil art. 1198, daß der Schuldner dem einen oder andern Gesammtgläubiger zahlen kann, so lange ihm nicht einer derselben in der Geltendmachung der Forderung zuvorgekommen ist. — Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 450 „können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben".

Das B. G. B. weicht vom Preuß. Recht ab und hat auch das Präventionsprincip des gem. und Französ. Rechts nicht angenommen. Es kann hiernach kommen, daß der Schuldner von mehreren oder sämmtlichen Gesammtgläubigern gleichzeitig in verschiedenen Processen wegen der ganzen Leistung verklagt wird. „Allein dies ist — meinen die Motive II S. 158

— eine Folge des Gesammtschuldverhältnisses, und der Schuldner kann sich durch Zahlung oder je nach Umständen durch Deposition frei machen".

§ 429. Der Verzug eines Gesammtgläubigers wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger.

Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner.

Im Uebrigen finden die Vorschriften der §§ 422, 423, 425 entsprechende Anwendung. Insbesondere bleiben, wenn ein Gesammtgläubiger seine Forderung auf einen Anderen überträgt, die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt.

1. Im Gegensatz zu § 429 Abs. 1 (II § 371 Abs. 2) wollte der I. Entw. (§ 326 Abs. 1) den Verzug eines Gesammtgläubigers nicht gegen die übrigen Gläubiger wirksam sein lassen. Die jetzige Vorschrift entspricht der für das passive Gesammtschuldverhältniß dem Gläubiger-Verzuge beigelegten Wirkung (§ 424), und sie ergiebt sich auch als Folge der Befugniß des Schuldners, an jeden der Gläubiger zu leisten.

2. Die Bestimmung des § 429 Abs. 2 — ebenfalls eine Abänderung des I. Entw. (§ 333) — beruht auf der Erwägung, daß die Befugniß des Schuldners, den Gesammtgläubiger zu wählen, an welchen er die Leistung bewirken will, ihm auch dann nicht entzogen bezw. beschränkt sein dürfe, wenn er selbst in die Rechte eines Gläubigers eintritt; es müsse ihm dann freistehen, die Leistung als für diesen Gläubiger bestimmt zu betrachten. (Reatz I S. 197 Note 7.)

§ 430. Die Gesammtgläubiger sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Antheilen berechtigt, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist.

Vgl. § 426 und Bemrk. 1 dazu. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 1036 ist der Gesammtgläubiger, an welchen erfüllt wurde, „nicht verbunden, das Empfangene den übrigen Gesammtgläubigern mitzutheilen", . . . „ausgenommen wenn zwischen den mehreren Gesammtgläubigern . . . eine Gemeinschaft oder ein Auftragsverhältniß besteht". — Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 453 sind die Befugnisse der mehreren Berechtigten „nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthum zu beurtheilen".

§ 431. Schulden Mehrere eine untheilbare Leistung, so haften sie als Gesammtschuldner.

Vgl. Bemrk. 3 zu § 420.

§ 432. Haben Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesammtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an Alle fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert.

Im Uebrigen wirkt eine Thatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.

Liegt ein Gesammtgläubiger-Verhältniß vor, so kommen auch bei Untheilbarkeit der Leistung die Vorschriften der §§ 428—430 zur Anwendung. — Vgl. Bemrk. 2 zu § 420.

Siebenter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen, und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

1. Unter dem Ausdruck „Recht" in § 433 Abs. 1 sind „auch Forderungen als Kaufgegenstand (§§ 293 ff., jetzt §§ 398 ff.) begriffen". (Mot. II S. 317.)

2. Nach dem B. G. B. ist der Gläubiger als solcher zur Annahme der Leistung in der Regel nicht verpflichtet (vgl. Bemrk. 1 zu § 296 und § 304 nebst Bemrk. dazu).

Im gem. Recht wird die Annahme der (angebotenen) Leistung einerseits lediglich als ein Recht, nicht als eine durch Klage erzwingbare Pflicht des Gläubigers (bezw. Käufers) betrachtet (vgl. Urtheil des R. G. vom 24. Juni 1885, Entsch. Bd. 14 S. 247) — andererseits wird dem Verkäufer ein Klage-Recht auf Abnahme der verkauften Sachen dann eingeräumt, wenn er ein besonderes Interesse an der Empfangnahme hat (bezw. nachweist) (vgl. Urth. des R. G. vom 25. Oct. 1881 und vom 19. Oct. 1892, Entsch. Bd. 5 S. 393 und Bd. 30 S. 118).

Die in § 433 Abs. 2 (I § 459 Abs. 2, II § 375 Abs. 2) statuirte Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der gekauften Sache entspricht dem Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 11 § 215). Urth. des R. G. vom 24. Juni 1889, Entsch. Bd. 26 S. 216. — Vgl. auch H. G. B. Art. 346.

3. Aus der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der gekauften Sache folgt auch seine durch Klage erzwingbare Verpflichtung zur Vornahme derjenigen Thätigkeit, welche zur Ermöglichung der Lieferung und Abnahme erforderlich ist. Er hat also insbesondere die ihm überlassene nähere Bestimmung des Kaufobjektes zu treffen, z. B. die sogen. Specifikation vorzunehmen (die Formen, bezw. Dimensionen bei zu lieferndem Stabeisen, die Nummern des zu liefernden Garnes zu bestimmen 2c.). Vgl. das in der Bemrk. zu 2 cit. Urth. des R. G. vom 24. Juni 1889. — S. auch Bemrk. 2 zu § 295.

4. Besondere Vorschriften über den Lieferungsvertrag, — wie sie das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 981 ff. enthält, — sind in das B. G. B. nicht aufgenommen; sie erschienen „weder erforderlich noch räthlich". (Mot. II S. 319.) — Das Preuß. A. L. R. (§ 981 a. a. O.) nennt denjenigen einen Lieferanten, der „sich verpflichtet, einem Andern eine bestimmte Sache für einen gewissen Preis zu verschaffen". — Der I. Entw. des B. G. B. § 348 Abs. 1 enthielt in dieser Beziehung die Bestimmung:

> „Ein Vertrag ist deshalb nicht ungültig, weil die Leistung auf Sachen oder Rechte eines Dritten sich bezieht".

Diese Bestimmung ist im II. Entw. als selbstverständlich gestrichen worden. (Reatz I S. 130.)

5. Das B. G. B. enthält auch keine Bestimmungen über den sogen. Hoffnungskauf (emtio rei speratae, emtio spei). Solche Verträge sind zunächst nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, bezw. nach den für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften zu beurtheilen. „Das juristische Wesen dieser Verträge als gewagter Geschäfte bedingt aber auch die Anwendung anderer Rechtsnormen", und in dieser Richtung erschienen „durchgreifende allgemeine Bestimmungen nicht angängig". (Mot. II S. 320.) — Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 527, 528 ff.

§ 434. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.

1. Die Haftung des Verkäufers nach § 434 ist — wie nach Preuß. Recht — eine unbeschränkte. Im gem. Recht ist es dagegen streitig, ob und inwieweit der Veräußerer für die Freiheit des veräußerten Grundstücks von Grunddienstbarkeiten haftet (vgl. Windscheid, Pandekten § 391 Note 28). — Zu den in § 434 gedachten Rechten gehören nicht nur dingliche Rechte (III. Buch), sondern z. B. auch das Recht des Miethers und Pächters (nach §§ 571 ff., 581).

2. Darauf, daß die betr. Rechte im Grundbuch eingetragen sind, kann sich der Verkäufer dem Käufer gegenüber nicht berufen; die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beziehen sich nur auf die Rechtsstellung dritter Personen, nicht auf die Rechtsverhältnisse der Vertragschließenden unter einander. Vgl. § 439.

§ 435. Der Verkäufer eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück ist verpflichtet, im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.

Das gleiche gilt bei dem Verkauf eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte.

Die in § 435 festgesetzte Verpflichtung des Verkäufers „tritt ganz unabhängig davon ein, ob ein Gewährleistungsanspruch (§§ 374, 377, jetzt §§ 440, 441) schon vorliegt, ob also das eingetragene Recht geltend gemacht ist oder nicht, und auch dann, wenn das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt ist oder nicht mehr besteht" (Mot. II S. 222), da die bestehende Eintragung an und für sich dem Käufer jedenfalls hinderlich ist, z. B. bei einer beabsichtigten Weiterveräußerung oder hypothekarischen Belastung des Grundstücks. Vgl. § 440 und Bemrk. 1 dazu.

§ 436. Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

1. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 175) und rechtfertigt sich dadurch, daß die Kenntniß der geb. öffentlichen Abgaben und Lasten beim Grundstücks-Erwerber in der Regel vorauszusetzen ist; andernfalls ist es seine Sache, sich danach zu erkundigen (vgl. § 444).

2. Im Preuß. Recht ist eine verschiedene Auffassung darüber hervorgetreten, ob die dem § 436 entsprechende Vorschrift des § 175 a. a. O. sich nur auf die gewöhnlichen, jährlichen Abgaben oder auch auf außerordentliche Beiträge bezieht. Es kommt z. B. nicht selten, aber doch nur ausnahmsweise vor, daß von Deichverbänden, Meliorations- und Entwässerungsverbänden ꝛc. den zum betr. Verbande gehörenden Grundstücken für eine Reihe von

Jahren mitunter recht erhebliche außerordentliche Beiträge zur amortisationsweisen Tilgung aufgenommener Darlehne, zur Berichtigung von Baukosten ꝛc. auferlegt werden. In dieser Beziehung hat das vorm. Ob.-Trib. in einem Urtheil vom 19. März 1858, Entsch. Bd. 39 S. 65 ff., den Verkäufer nach dem cit. § 175 von der Anzeigepflicht bezüglich außerordentlicher Deichkassenbeiträge nicht befreit erklärt, während in einem spätern Urtheil desselben Gerichtshofs vom 26. November 1866 das Gegentheil angenommen ist. Die Praxis neigt dazu, sich der letztern Auffassung anzuschließen.

Bei der allgemeinen Fassung des § 436 liegt die Annahme nahe, daß auch die Praxis nach dem B. G. B. den Verkäufer zur Anzeige solcher außerordentlichen Beiträge nicht für verpflichtet erachten wird. Dem Sinn der Bestimmung erscheint aber eine solche Auffassung nicht entsprechend; denn die Belastung mit solchen außerordentlichen Beiträgen kann der Käufer in der Regel nicht voraussetzen; sie anzuzeigen wird also der Verkäufer nach Treu und Glauben für verpflichtet zu halten sein (vgl. § 242).

§ 437. Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes.

Der Verkäufer eines Werthpapiers haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.

1. Die Vorschrift des § 437 Abs. 1 wendet sich gegen die im gem. Recht vertretene Ansicht, daß, wenn das verkaufte (abgetretene, cedirte) Recht zur Zeit der Abtretung nicht besteht, ein Vertrag über eine unmögliche Leistung, wie beim Verkauf einer nicht existirenden Sache vorliege. (Denkschr. S. 58.)

2. Die Haftung des Verkäufers nach § 430 erstreckt sich auf das volle Interesse; sie ist nicht bei Cessionen, wie — abgesehen vom Fall eines Betruges — nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 422—425, auf den Betrag der gegebenen Cessions-Valuta beschränkt.

3. Die in der 2. Lesung des Entw. (§ 379 Abs. 2) hinzugefügte Vorschrift des § 437 Abs. 2 entspricht der Natur des betr. Vertrages und den Anschauungen des Verkehrs. „Handelt es sich um eine vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens verfügte Zahlungssperre, so ergiebt sich die Haftung des Verkäufers schon aus § 428, jetzt § 434, da die Zahlungssperre ein gerichtliches Veräußerungsverbot zu Gunsten desjenigen enthält, auf dessen Antrag sie erfolgt ist“ (Denkschr. S. 58).

§ 438. Uebernimmt der Verkäufer einer Forderung die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, so ist die Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung zu beziehen.

Die Vorschrift entspricht dem gem. und Französ. Recht (code civil art. 1694), während nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 427 ff. der Cedent auch für die zur Zeit der Cession vorhandene Sicherheit der abgetretenen Forderung Mangels anderweiter Abrede zu haften hat, sofern es sich nicht um Hypothekenforderungen handelt oder eine geringere Cessionsvaluta als der Forderungsbetrag vorbedungen ist.

§ 439. Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt.

Eine Hypothek, eine Grundschuld, eine Rentenschuld oder ein Pfandrecht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Belastung kennt. Das gleiche gilt von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte.

1. Nur wirkliche Kenntniß steht dem Anspruche des Käufers entgegen, „nicht auch die auf einem Verschulden desselben beruhende Unkenntniß von dem Rechtsmangel" (Mot. II S. 216); denn es darf dem Käufer nicht zum Nachtheil gereichen, wenn der Verkäufer seine Pflicht zur Auskunftsertheilung (§ 444) nicht erfüllt. Kennt dagegen der Käufer den Rechtsmangel, so läßt sich annehmen, daß er auf die Gewährleistung verzichten, bezw. die aus dem Rechtsmangel drohende Gefahr übernehmen will.

2. Die Bestimmung des § 439 Abs. 2 entspricht dem Preuß. A. L. R.-Th. I Tit. 11 §§ 184 ff. und der Verkehrssitte.

3. Haben beide Theile „ausdrücklich" über fremde Sachen oder Rechte kontrahirt, so ist nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 45 ff., Tit. 11 § 139 anzunehmen, „daß der eine sich nur verpflichten wolle, den Dritten zum Besten des Andern zu einer dem Vertrage gemäßen Handlung zu vermögen"; kann diese Absicht nach dem Vertrags-Inhalte oder nach den Umständen nicht angenommen werden, so hat der Vertrag keine rechtliche Wirkung; hat aber der Versprechende für den Erfolg zu stehen übernommen, so haftet er für das ganze Interesse des andern Theils.

Das B. G. B. enthält über dergl. Verträge keine besondern Bestimmungen. Die Motive II S. 216 bemerken in dieser Beziehung, es hänge bei einem solchen Vertrage, falls er nicht als gegen die guten Sitten verstoßend überhaupt ungültig ist, „die Entscheidung von der Beurtheilung des konkreten Falles ab, ob ein Verzicht des Erwerbers auf die Haftpflicht des Veräußerers anzunehmen ist oder nicht".

§ 440. Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327.

Ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigenthumsübertragung übergeben worden, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache untergegangen ist.

Der Herausgabe der Sache an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt oder wenn der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet.

Steht dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe gegen einen Anderen zu, so genügt an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Anspruchs.

1. Erfüllt der Veräußerer nicht die ihm obliegenden Verpflichtungen betreffs unbelasteter Verschaffung des veräußerten Rechts, so kann der Käufer alle Rechte geltend machen, die bei gegenseitigen Verträgen nach §§ 320 bis 327 dem einen Theile wegen Nicht-Erfüllung der dem andern Theile obliegenden Verpflichtungen zustehen; er kann also seine Gegenleistung (die Zahlung des Kaufpreises) verweigern, Vertrags-Erfüllung oder Schadensersatz beanspruchen oder je nach den Umständen vom Vertrage zurücktreten (§ 440 Abs. 1).

Der I. Entw. § 374 wollte hier unterscheiden, ob „den übrigen Voraussetzungen, von welchen der Erwerb des dem Erwerber zu verschaffenden Rechtes abhängt, bereits genügt ist oder nicht", d. h. ob der Vertrag in der Hauptsache, z. B. durch Auflassung des verkauften Grundstücks, Cession der betr. Forderung ꝛc., bereits erfüllt war; war dies der Fall, so sollte der Käufer einen „Anspruch wegen Nicht-Erfüllung" der betr. Verbindlichkeit (Beseitigung des

fremden Rechts ꝛc.) erst dann erheben, d. h. erst dann Schadensersatz fordern oder vom Vertrage zurücktreten dürfen, „wenn das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist". Diese Bestimmung ist im II. Entw. § 382 beseitigt worden. Die Befugniß des Käufers nach Maßgabe der §§ 325, 326 Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten, ist nun der Regel nach nicht dadurch bedingt, daß eine Entwehrung (Eviction) stattgefunden hat.

Die vom bisherigen Recht erheblich abweichende Regelung des B. G. B. ist eine Folge des vom Gesetze (§ 433) angenommenen Grundsatzes, daß der Veräußerer dem Käufer nicht nur, wie nach Röm. und gem. Recht, den ungestörten Besitz und Genuß des Kaufobjekts (das rem habere licere), sondern von vornherein das Recht am Kaufgegenstande zu verschaffen verpflichtet ist. Nach gem. Recht, nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 135, 136, 143, nach dem Sächs. B. G. B. §§ 930 ff. und nach Französ. Recht (code civil art. 1626) haftet dagegen der Verkäufer nur dafür, daß dem Käufer nicht der verkaufte Gegenstand oder ein damit verbundenes Recht ganz oder theilweise in Folge des (begründeten) Anspruchs eines Dritten entzogen (evincirt) wird. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 222, 223 kann ferner der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises wegen „zum Vorschein" kommender Ansprüche eines Dritten „zurückhalten und gerichtlich deponiren", sofern nicht der Verkäufer „wegen der bevorstehenden Vertretung" Sicherheit leistet. Auch diese Bestimmung kommt nach dem B. G. B. in Fortfall.

2. Eine Ausnahme vom Grundsatze des § 440 Abs. 1 statuirt das B. G. B. §§ 440 Abs. 2 bis 4, 441 für den Verkauf beweglicher Sachen und für die Abtretung eines zum Besitz berechtigenden Rechts an einer solchen Sache. „Die Bestimmung will verhüten, daß der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erhält und gleichzeitig im Genusse der Sache verbleibt" (Denkschr. S. 60).

§ 441. Die Vorschriften des § 440 Abs. 2 bis 4 gelten auch dann, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verkauft ist, das zum Besitze der Sache berechtigt.

Vgl. Bemrk. 2 zu § 440.

§ 442. Bestreitet der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte, so hat der Käufer den Mangel zu beweisen.

1. Die Bestimmung entspricht dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 143—147, Sächs. B. G. B. §§ 935—937, code civil art. 1640).

2. Die Entscheidung im Processe des Käufers mit dem Dritten genügt ohne weiteres nicht, um das Recht des letztern auch dem Veräußerer gegenüber festzustellen; der verklagte Käufer muß also dem Verkäufer gemäß § 69 der C. P. O. den Streit verkünden, um sich gegen den Einwand zu schützen, der Proceß sei mangelhaft geführt oder unrichtig entschieden worden.

§ 443. Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433 bis 437, 439 bis 442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

Das Wort „arglistig" vor „verschweigt" ist in der 2. Lesung des Entw. (§ 384) eingeschoben worden, weil der Verkäufer die Mittheilung des Mangels auch in der wohlbegründeten Annahme unterlassen haben könne, daß der Käufer denselben bereits kenne. (Vgl. v. Jecklin, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 38 S. 694.)

§ 444. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten, die nöthige Auskunft zu ertheilen und ihm die zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern. Erstreckt sich der Inhalt einer solchen Urkunde auch auf andere Angelegenheiten, so ist der Verkäufer nur zur Ertheilung eines öffentlich beglaubigten Auszugs verpflichtet.

Die Beglaubigung des in § 444 a. E. gedachten Auszugs kann nach § 129 Abs. 1 durch jede zuständige Behörde erfolgen; gerichtliche oder notarielle Beglaubigung ist nicht erforderlich.

§ 445. Die Vorschriften der §§ 433 bis 444 finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

Bezüglich der Gewährleistungspflicht des Schenkers und bei der Ausstattung wegen Rechtsmängel vgl. § 523 und § 1624 Abs. 2.

§ 446. Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Uebergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache.

Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Uebergabe als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein.

1. Das Röm. und gem. Recht sowie das Sächs. B. G. B. (§§ 866, 867, 1013, 1091) lassen die Gefahr betreffs der verkauften Sache sofort mit dem Vertragsabschluß auf den Käufer übergehen, ebenso auch das Französ. Recht (code civil art. 1624, 1138), das letztere Recht zufolge seines Grundsatzes, wonach auch das Eigenthum an der veräußerten Sache unmittelbar mit dem Vertragsabschluß auf den Käufer übergeht.

Indem das B. G. B. dagegen die Uebergabe in der Regel für den Uebergang der Gefahr entscheidend sein läßt, schließt es sich frühern Deutschen Recht und dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 95, 100 an. Für den Fall aber, daß die Eintragung des Käufers in das Grundbuch vor der Uebergabe erfolgt, erschien es dem Wesen des Kaufvertrages und der regelmäßigen Parteiintention entsprechend, den Gefahr-Uebergang mit der Eintragung als dem Zeitpunkte, wo der Käufer die rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt, eintreten zu lassen. (Mot. II S. 323 f.)

2. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 117—120 hat, wenn eine Sache „in Pausch und Bogen, oder wie sie steht und liegt", verkauft ist, der Käufer vom Vertragsabschluß ab die Gefahr zu tragen, abgesehen vom zufälligen Untergang der Sache; dieser Verlust trifft den Verkäufer. Nach dem B. G. B. ist der Kauf in Pausch und Bogen hinsichtlich der Gefahrtragung wie der Kauf einer anderweit individuell bestimmten Sache zu behandeln, „wenn nicht, was in nicht seltenen Fällen zutreffen mag, in concreto die Absicht der Parteien auf ein Absehen von dem Untergange einzelner Stücke oder von deren Beschaffenheit gerichtet ist" (Mot. II S. 324).

3. Ist der Käufer im Annahme-Verzuge, so trägt er die Gefahr (§§ 300, 324 Abs. 2). — Vgl. auch § 323 und Bemrk. 2 zu § 243.

§ 447. Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung ertheilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus enstehenden Schaden verantwortlich.

1. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 128 betrachtet unter Abwesenden die — den Uebergang der Gefahr vermittelnde — Uebergabe beweglicher Sachen als vollzogen, „sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden"; bei einer Uebersendung der Sachen an den Vertragserfüllungs-Ort geht dagegen erst mit der Uebergabe an diesem Orte die Gefahr auf den Käufer über.

Im Resultat stimmt das B. G. B. (§ 447) hiermit im Anschluß an das H. G. B. Art. 345 überein.

2. Die Vorschrift des § 447 gilt auch ihrer allgemeinen Fassung gemäß für den Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache. Vgl. § 243 Abs. 2 und Bemrk. 2 dazu.

§ 448. Die Kosten der Uebergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte fallen dem Käufer zur Last.

Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last.

Die Vorschrift des § 448 Abs. 1 entspricht dem H. G. B. Art. 351.

§ 449. Der Käufer eines Grundstücks hat die Kosten der Auflassung und der Eintragung, der Käufer eines Rechtes an einem Grundstücke hat die Kosten der zur Begründung oder Uebertragung des Rechtes nöthigen Eintragung in das Grundbuch, mit Einschluß der Kosten der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen, zu tragen. Dem Käufer fallen in beiden Fällen auch die Kosten der Beurkundung des Kaufes zur Last.

Vgl. § 435.

§ 450. Ist vor der Uebergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergegangen und macht der Verkäufer vor der Uebergabe Verwendungen auf die Sache, die nach dem Uebergange der Gefahr nothwendig geworden sind, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen, wie wenn der Käufer ihn mit der Verwaltung der Sache beauftragt hätte.

Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der Verkäufer ist dem Vertrage zufolge verpflichtet, die verkaufte Sache bis zur

Uebergabe vor Untergang und Verschlechterung zu bewahren, um die Uebergabe gehörig bewirken zu können; er hat also die Kosten der hierzu erforderlichen Verwendungen zu tragen. Aus Billigkeitsrücksichten erschien aber die entgegengesetzte Vorschrift des § 450 Abs. 1 für den Fall angemessen, wenn die Gefahr bereits vor der Uebergabe auf den Käufer übergegangen ist. (Mot. II S. 325.) Vgl. § 447.

§ 451. Ist ein Recht an einer Sache verkauft, das zum Besitze der Sache berechtigt, so finden die Vorschriften der §§ 446 bis 450 entsprechende Anwendung.

§ 452. Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist.

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 109 ff., 227. — Die Zinsen betragen gemäß § 246 4%.

§ 453. Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart.

Die Vorschrift entspricht dem Art. 353 des H. G. B. — Vgl. §§ 269 und 271.

§ 454. Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.

Die erst in den II. Entw. (§ 393) aufgenommene Vorschrift des § 454 entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 226.

§ 455. Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigenthums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

Die Bestimmung ist erst in den II. Entw. (§ 394) aufgenommen worden. — Vgl. Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.

§ 456. Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehülfen, mit Einschluß des Protokollführes, den zum Verkaufe gestellten Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen Anderen noch als Vertreter eines Anderen kaufen.

§ 457. Die Vorschrift des § 456 gilt auch bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift ertheilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines Anderen verkaufen zu lassen, insbesondere in

den Fällen des Pfandverkaufs und des in den §§ 383, 385 zugelassenen Verkaufs, sowie bei einem Verkaufe durch den Konkursverwalter.

§ 458. Die Wirksamkeit eines den Vorschriften der §§ 456, 457 zuwider erfolgten Kaufes und der Uebertragung des gekauften Gegenstandes hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigenthümer oder Gläubiger Betheiligten ab. Fordert der Käufer einen Betheiligten zur Erklärung über die Genehmigung auf, so finden die Vorschriften des § 177 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Wird in Folge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen.

Die Vorschrift der §§ 456 und 457 dient „zum Schutze der beim Verkaufe Betheiligten" „sowie zur Garantie für die Unparteilichkeit und Lauterkeit in der Geschäftsführung der Personen, an welche das Verbot gerichtet ist". (Mot. II S. 331 f.) — Die Vorschrift schließt sich an ähnliche Bestimmungen des bisherigen Rechts an. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 20 ff., code civil art. 596.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§ 459. Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

1. Die allgemeinen Vorschriften wegen Gewährleistung wegen Mängel der verkauften Sache (§§ 459—480) schließen sich dem gem. Recht und den neueren Gesetzgebungen an. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 317 ff., Tit. 11 §§ 192 ff., Sächs. B. G. B. §§ 899 ff., code civil art. 1625, 1641 ff.

Die Gewährleistung gehört an und für sich zur Erfüllung des Vertrages; die Haftung ist unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers.

2. Die Haftung erstreckt sich auf die gewöhnlich vorausgesetzten und auf die contractlich vorbedungenen (zugesicherten) Eigenschaften der Sache.

Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften (§ 459 Abs. 2) erstreckt sich weiter als die Haftung nach § 459 Abs. 1; denn diese Haftung (Abs. 2) tritt ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des vorhandenen Mangels ein, und auch ohne Rücksicht darauf, ob der Mangel dem Käufer in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 460).

3. Als maßgebender Zeitpunkt für die Haftung ist im Wesentlichen im Anschluß an das die Uebergabe für entscheidend erklärende Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 192 die Zeit des Gefahr-Ueberganges festgesetzt, nicht, wie nach gem. und Französ. Recht und nach dem Sächs. B. G. B. § 900, die Zeit des Vertragsabschlusses.

Die Bindung der Haftung an den Gefahr-Uebergang dient „zur Vereinfachung des Rechtes und zur Abschneidung chicanöser und verwickelter Processe" (Mot. II S. 226), sie

liegt also im Interesse der Rechtssicherheit und wird auch in der Regel der Intention der Parteien entsprechen.

§ 460. Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.

1. Die Vorschrift entspricht im Allgemeinen dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 329—331, welches die Haftung ausschließt, wenn eine Sache, deren Fehler „in die Augen fallend" ist, vorbehaltlos übernommen ist — Sächs. B. G. B. §§ 903, 904, 908 — code civil art. 1642.

2. Kenntniß des Mangels beim Kaufabschluß schließt den Gewährleistungsanspruch des Käufers allgemein, auch bei zugesicherten Eigenschaften aus. — Ist aber die Zusicherung einer Eigenschaft als Versprechen, die Eigenschaft herzustellen, aufzufassen, so haftet der Veräußerer für Beschaffung der Eigenschaft. (Mot. II S. 226.)

3. Das Wort „arglistig" vor „verschwiegen hat" ist hier in der 2. Lesung des Entw. (§ 398) hinzugefügt worden, und zwar aus demselben Grunde, wie im § 443 (vgl. Bemrk. dazu). (v. Jecklin, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 38 S. 696.)

§ 461. Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird.

Die Bestimmung erschien gerechtfertigt „durch die Rücksicht auf die besondere Lage des verkaufenden Pfandgläubigers". (Denkschr. S. 62.)

§ 462. Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 325, 331 kann der Käufer nur dann vom Vertrage abgehen oder Preisminderung fordern, wenn der Verkäufer („Geber") die der Sache fehlende Eigenschaft nicht gewähren kann [1]).

Das B. G. B. hat eine solche Bestimmung nicht aufgenommen, indem sie als eine „für die Praxis nicht empfehlenswerthe Beschränkung" erschien. (Mot. II S. 227.) — Hiermit sei aber, meinen die Mot. (a. a. O.) in unbestimmter Allgemeinheit, „nicht ausgesprochen, daß der Veräußerer nicht nach den Umständen des Falles durch Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Erwerbers ausschließen kann. Es wird im Einzelnen nur zu prüfen sein, ob einem entsprechenden Verlangen nicht die Annahme der Leistung entgegensteht". Es ist hierbei auf § 367 des I. Entw. Bezug genommen, der aber in der 2. Lesung des Entw. erheblich geändert worden ist. Vgl. § 363 und Bemrk. 1 und 2 dazu.

Die Rechtslage des Verkäufers ist hier also nach dem B. G. B. nicht unerheblich ungünstiger, als nach Preuß. A. L. R. Allerdings kann der Käufer in erster Linie Vertrags-Erfüllung, also Beseitigung des Mangels (sofern dieselbe möglich ist) verlangen; aber er braucht dies

---

[1]) Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn die Uebergabe der verkauften Sache (Grundstück ꝛc.) noch nicht erfolgt ist. Vgl. Urth. des R. G. vom 11. Mai 1885, Entsch. Bd. 13 S. 281.

nicht zu thun, er kann vielmehr nach seiner Wahl von vornherein wegen Mangelhaftigkeit der Sache vom Vertrage zurücktreten oder Preisminderung verlangen. Wenn z. B. ein verkauftes Hausgrundstück sich nach der Uebergabe als bereits zur Zeit der letzteren mit Hausschwamm behaftet darstellt — dessen Nicht-Vorhandensein eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft bildet — so kann der Käufer nach § 462 — anders als nach Preuß. Recht [1]) — ohne weiteres den Vertrag rückgängig machen (wandeln), auch wenn der Fehler in ganz kurzer Zeit beseitigt werden kann. — Entscheidet sich der Käufer für das Verlangen der Preisminderung, so wird allerdings vielfach, aber nicht immer der Betrag der Minderung den Kosten der Fehlerbeseitigung gleichkommen.

§ 463. Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

1. Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers nach § 463 Satz 1 ist von einem Verschulden desselben unabhängig. Das Gesetz sieht in der Zusicherung einer Eigenschaft, z. B. der Keimfähigkeit des zur Saat verkauften Getreides, die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft. (Mot. II S. 228.) Das B. G. B. stimmt in dieser Hinsicht mit einer im gem. Recht vielfach vertretenen Ansicht sowie mit dem Sächs. B. G. B. § 922 und mit dem Französ. Recht überein.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 320 ist dagegen der „Geber" (Verkäufer ꝛc.) nur dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn an ihm die Schuld liegt, „daß sich der Empfänger der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages nicht bedienen kann".

2. Schadensersatz wegen Nicht-Erfüllung kann nur statt, nicht auch neben der Wandelung oder Preisminderung verlangt werden. Bei arglistiger Täuschung (Betrug) kann aber der Getäuschte nach §§ 123, 142 den Vertrag anfechten und alsdann Ersatz des sogen. negativen Interesses (nicht des Erfüllungs-Interesses) beanspruchen. Vgl. Bemrk. 2 zu § 307. — Reatz I S. 216 Note 6.

3. Der I. Entw. § 385 wollte dem Erwerber einen Schadensersatzanspruch schon dann geben, wenn „zur Zeit der Schließung des Vertrages eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden gewesen" oder ein damals vorhandener gesetzlich zu vertretender Mangel „von dem Veräußerer dem Erwerber wissentlich verschwiegen" war. Das Wort „arglistig" statt „wissentlich" ist in der 2. Lesung des Entw. aus demselben Grunde gewählt worden, aus dem es in § 443 (vgl. Bemrk. dazu) und § 460 eingerückt worden ist. (Vgl. Gruchot, Beitr. Bd. 38 S. 699.)

Die Rechtslage des Käufers ist also in dieser Hinsicht nach dem B. G. B. erheblich ungünstiger gestaltet als nach bisherigem, insbes. nach Preuß. Recht. Während bisher der Verkäufer auch für ein Versehen bei den Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) haftete (vgl. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 284 ff.), ist jetzt seine Haftung in den Fällen der §§ 443, 460 und 463 auf Arglist (dolus in contrahendo) beschränkt. In den Fällen des § 460 hat der Verkäufer wenigstens zu beweisen, daß dem Käufer der betr. Mangel (§ 459 Abs. 1) in Folge eigener grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei; in den Fällen der §§ 443 und 463 kommt dagegen ein Verschulden des Käufers nicht in Frage. — Ein

---

[1]) Vgl. Urth. des R. G. vom 11. Mai 1885, Entsch. Bd. 13 S. 281. — Vor der Uebergabe kann allerdings auch nach dem B. G. B. (vgl. § 459) der Verkäufer den Fehler noch beseitigen.

arglistiges Verhalten (Verschweigen) des Verkäufers hat der Käufer zu beweisen [1]) und dieser Beweis wird der freien Beweiswürdigung ungeachtet (C. P. O. § 259) oft recht schwer oder unmöglich sein. Zu seiner Sicherung wird also nach dem B. G. B. der Käufer sich thunlichst eingehend über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes zu erkundigen, bezw. Fehlerfreiheit auszubedingen haben.

4. Die Vorschrift des § 463 Satz 2 bezieht sich auf Fehler im Allgemeinen, auf das Fehlen zugesicherter und gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften.

5. Die Haftung nach § 463 bezieht sich auf die Zeit des Vertrags-Abschlusses. (Mot. II S. 229.)

§ 464. Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält.

Die Bestimmung beruht auf der Auffassung, daß in der vorbehaltlosen Annahme ein Verzicht des Käufers auf seine Ansprüche betreffs der ihm bekannten Mängel des Kaufobjekts liege, und daß auch ein späteres Geltendmachen dieser Ansprüche gegen Treu und Glauben verstoßen würde. (Mot. II S. 229, Denkschr. S. 63.) — Das Kennen-Müssen (aus grober Fahrlässigkeit nicht kennen) ist hier dem Kennen nicht gleichgestellt.

§ 465. Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.

So lange der Verkäufer noch nicht sein Einverständniß erklärt hat, steht es dem Käufer frei, seine Entschließung zu ändern oder beim Vertrage stehen zu bleiben. Diese Bestimmung erschien im Interesse des Käufers erforderlich, namentlich für den Fall, wenn nach Abgabe der Erklärung des Käufers die Umstände sich geändert haben, z. B. nach der Erklärung, den Vertrag rückgängig machen (wandeln) zu wollen, der Verkäufer in Konkurs gerathen ist. (Denkschr. S. 62.)

§ 466. Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden.

Die Bestimmung ist im Interesse des Verkäufers getroffen, damit er sich Gewißheit darüber verschaffen könne, ob der Vertrag rückgängig gemacht werden wird. (Denkschr. S. 62.)

§ 467. Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen.

---

[1]) Es hat nach § 463 nicht etwa der Verkäufer zu beweisen, er habe wohlbegründeter Weise angenommen, daß der Käufer den Fehler kenne, und deshalb die Mittheilung unterlassen.

Vgl. die Bemrk. zu §§ 346, 347, 350 und 351.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 337 ist bei der Rückgabe einer Sache wegen Fehlerhaftigkeit der Uebernehmer „wegen der genossenen Früchte, wegen Verbesserungen und Verschlimmerungen, auch sonst überall, als ein redlicher Besitzer anzusehen". — Eine solche Bestimmung ist in das B. G. B. nicht aufgenommen; sie erschien dem Wesen und Zweck der Wandelung nicht entsprechend, wonach der Erwerber in die Lage gebracht werden soll, als hätte er den Vertrag nicht geschlossen (Mot. II S. 30). Vgl. § 347, 987, 989, 994 ff. Der die Wandelung wählende Käufer hat hiernach insbes. die vom Empfange der Sache an gezogenen Nutzungen herauszugeben.

§ 468. Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Der Käufer kann jedoch wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat.

1. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 207 ff. enthält besondere Bestimmungen betreffs der Haftung für einen Quantitäts-Mangel bei nach Maaß, Gewicht oder Stückzahl verkauften Sachen. Danach kann der Käufer die einmal angenommene Sache wegen Quantitätsmangel nicht zurückgeben, sondern er „muß mit dem Ersatze des Abgangs sich begnügen". — Das B. G. B. hat eine besondere Bestimmung nur für den Fall für erforderlich erachtet, wenn ein Grundstück unter Angabe eines bestimmten Flächeninhalts verkauft wird.

2. Beim Fehlen des zugesicherten Flächenmaßes steht dem Käufer nach § 468 in Verbindung mit §§ 462, 463 das Recht der Wandelung und Kaufpreis-Minderung sowie auf Schadensersatz zu; das Recht der Wandelung ist jedoch — im Wesentlichen im Anschluß an das Sächs. B. G. B. § 1097 — auf den Fall beschränkt, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Vertragserfüllung für den Käufer kein Interesse hat. — Das Französ. Recht (code civil art. 1617 f.) giebt dem Käufer das Wandelungs-Recht nur dann, wenn die Differenz zwischen dem zugesicherten und dem wirklich vorhandenen Flächenmaß $1/20$ übersteigt.

3. Nach Sächs. B. G. B. § 1097 haftet der Verkäufer für den angegebenen „Flächengehalt" nur dann, wenn „derselbe nicht bloß zur Bezeichnung des Grundstücks beigefügt" ist. Nach dem B. G. B. ist es ebenso wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 212 lediglich nach dem Inhalte des Vertrages zu beurtheilen, ob die Größe „nur der Beschreibung und nähern Bestimmung halber oder in der Absicht, daß sie vertreten werde, beigefügt worden" (§ 212 a. a. O.).

§ 469. Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesammtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Theil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachtheil für ihn von den übrigen getrennt werden können.

Der I. Entw. § 389 Abs. 2 wollte dem Käufer als zusammengehörend verkaufter Sachen gestatten, nach seiner Wahl die Wandelung wegen der einzelnen mangelhaften oder wegen sämmtlicher Sachen zu verlangen, falls eine Trennung der mangelhaften von den mangelfreien Sachen ohne seine Benachtheiligung nicht möglich ist; falls aber die Trennung ohne

Benachtheiligung des Veräußerers nicht möglich ist, sollte „die Wandelung nur in Ansehung sämmtlicher Sachen statthaft" sein. Im II. Entw. (§ 405, jetzt § 468) wurde dagegen jeder Theil für befugt erklärt, die Erstreckung der Wandelung auf alle Sachen zu verlangen, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachtheil für ihn von den übrigen getrennt werden können. Es beruht diese Aenderung auf der Erwägung, daß nach der Vorschrift des I. Entw. möglicher Weise die vom Käufer zunächst gewählte Wandelung hinsichtlich der einzelnen mangelhaften Sachen sich nachträglich mit Rücksicht auf das Interesse des Verkäufers in einem Zeitpunkte als unstatthaft erweisen könnte, in welchem der Anspruch des Käufers auf Wandelung hinsichtlich aller Sachen bereits verjährt wäre. (Vgl. v. Jecklin, der Entw. rc. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 38 S. 700, 701.)

§ 470. Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache. Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden.

Welche Sache als Hauptsache und welche als Nebensache zu betrachten ist, ist nach der Natur des Vertrags und den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden.

§ 471. Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesammtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesammtwerth der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werthe der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

§ 472. Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Werth der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werthe gestanden haben würde.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesammtwerth aller Sachen zu Grunde zu legen.

Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 328 kann der Empfänger einer mangelhaften Sache, wenn er sie nicht im Wesentlichen unverändert zurückgeben kann, „von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist". Das Französ. Recht (code civil art. 1644) bestimmt allgemein, daß der Käufer eine durch Sachverständige arbitrirte Preisminderung fordern könne.

Im Anschluß an das Sächs. B. G. B. § 919 und an die in der Praxis herrschende Ansicht hat das B. G. B. (§§ 471, 472) eine im Vergleich mit dem Kaufpreise der Sache sich ergebende verhältnißmäßige (relative, nicht absolute) Berechnung der Preisminderung vorgeschrieben.

„Dieser Anspruch auf Preisminderung ist ein selbstständiger und geht deshalb nicht verloren dadurch, daß der Erwerber die mangelhafte Sache mit noch so großem Gewinne weiter veräußert" (Mot. II S. 236).

§ 473. Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werthe zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des

Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.

Die Vorschrift ist in den II. Entw. (§ 409) aufgenommen worden. Sie ist von praktischer Bedeutung insbesondere bei Gewährleistungsansprüchen beim Tausch (§ 515) und wenn die Gegenleistung (theilweise) in bereits geleisteten Diensten besteht. Vgl. auch § 323.

§ 474. Sind auf der einen oder der anderen Seite Mehrere betheiligt, so kann von Jedem und gegen Jeden Minderung verlangt werden.

Mit der Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung ist die Wandelung ausgeschlossen.

Wegen der Untheilbarkeit des Rücktrittsrechts (§§ 356, 467) kann Wandelung nur von allen Betheiligten (z. B. Erben) und gegen alle geltend gemacht werden.

Preisminderung kann bei theilbaren Leistungen gemäß § 420 „im Zweifel" von jedem und gegen jeden einzelnen Betheiligten betreffs seines Antheils verlangt werden.

§ 475. Durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung wird das Recht des Käufers, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen.

Nach dem I. Entw. § 393 sollte nach bereits geltend gemachtem Minderungs-Recht nur wegen eines erst später entdeckten Mangels Wandelung oder erneute Minderung verlangt werden können. Bei der Berathung der jetzigen, dem Sächs. B. G. B. § 920 entsprechenden Vorschrift (II § 411) wurde es in der Kommission für den II. Entw. der Prüfung des einzelnen Falles überlassen, ob ein Verzicht auf die Geltendmachung des früher entdeckten Mangels anzunehmen ist oder nicht (Reatz I S. 219).

§ 476. Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

Das Wort „arglistig" ist hier wie in den §§ 443, 460, 463 in der 2. Lesung des Entw. (§ 412) hinzugefügt worden. Vgl. Bemrk. zu § 443 und Bemrk. 3 zu § 463.

§ 477. Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Uebergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Beantragt der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, so wird die Verjährung unterbrochen. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. Die Vorschriften des § 211 Abs. 2 und des § 212 finden entsprechende Anwendung.

Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche.

1. Nach Röm. und gem. Recht verjährt das Recht auf Aufhebung des Geschäfts (Wandelung, actio redhibitoria) in 6 Monaten, das Recht auf Preisminderung (actio quanti minoris) in 1 Jahre.

Das B. G. B. hat ebenso wie das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 343 und das Sächs. B. G. B. für beide Ansprüche, Wandelung und Minderung, dieselbe Verjährungsfrist bestimmt, und zwar ist in allen 3 Gesetzbüchern für bewegliche Sachen die Frist von 6 Monaten vom Empfange ab festgesetzt. Die Frist von einem Jahre ist im Sächs. B. G. B. wie im B. G. B. § 477 einheitlich für alle Grundstücke vorgeschrieben, während das Preuß. A. L. R. (§ 343 a. a. O.) „bei Landgütern" 3 Jahre, „bei städtischen Grundstücken" ein Jahr als Verjährungsfrist bestimmt hat[1]).

2. Als Zeitpunkt des Beginns der Verjährung ist bei beweglichen Sachen nicht die Uebergabe, sondern die Ablieferung festgesetzt, namentlich mit Rücksicht darauf, daß in den Fällen, wo die Uebergabe durch einen andern Akt ersetzt wird, z. B. durch mittelbare Besitzübertragung vermöge Vereinbarung (constitutum possessorium) (§ 930), oder durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 931), ferner bei der Uebergabe durch Konnossement oder Lagerschein, — der Käufer erst mit der Ablieferung in den Stand gesetzt ist, die Sache zu untersuchen. Vgl. Denkschr. S. 64.

3. Die in § 477 festgesetzte kurze Verjährung findet in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht (vgl. H. G. B. Art. 350) dann nicht statt, wenn der Verkäufer sich beim Verkaufsabschluß eines Betruges, bezw. einer Arglist (arglistigen Verschweigens) schuldig gemacht hat.

Nach bisher. Recht kann der Anspruch aus einem solchen arglistigen Verhalten ebenso wie wegen Versehens (Fahrlässigkeit) beim Vertragsabschluß (dolus und culpa in contrahendo) so lange verfolgt werden, als die Ansprüche aus dem betr. Vertrage überhaupt nicht verjährt sind.

Der I. Entw. § 397 Abs. 2 wollte nur den Anspruch auf Schadensersatz wegen wissentlichen Verschweigens von Mängeln von der kurzen Verjährung ausschließen, nicht aber, wie in 2. Lesung des Entw. (§ 413) beschlossen wurde, auch die auf ein solches Verschweigen gestützten Ansprüche auf Wandelung oder Preisminderung. — Durch die veränderte Fassung (§ 477, II § 413) sollen alle 3 erwähnten Ansprüche der ordentlichen (gewöhnlichen) Verjährung unterworfen werden. (Vgl. v. Jecklin, der Entw. 2c. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 38 S. 704, Denkschr. S. 63.)

Das B. G. B. betrachtet aber Betrug und Arglist beim Vertragsabschluß als eine „unerlaubte Handlung" im Sinne der §§ 823 f. und unterwirft demgemäß die daraus hergeleiteten Schadensersatzansprüche der für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen in § 852 festgesetzten 3jährigen (ohne Kenntniß vom Schaden und vom Ersatzpflichtigen 30jährigen) Verjährung. Vgl. Bemrk. 1 und 2 zu § 278.

Nach diesem allgemeinen Grundsatze würde auch auf Schadensersatzansprüche wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln (§ 463) die in § 852 festgesetzte Verjährung anzuwenden sein. Diese Verjährung würde aber auf die mit einer Schadensersatzforderung

---

[1]) Das Preuß. A. L. R. (§ 344 a. a. O.) bestimmt daneben, daß das Klage-Recht (nicht die Einrede) wegen solcher Mängel, „welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften, Befugnisse oder Lasten derselben betreffen", vom Uebernehmer bei Landgütern innerhalb eines Jahres, bei städtischen Grundstücken in 6 und bei beweglichen Sachen in 3 Monaten „nach der von dem Mangel erlangten Kenntniß" geltend gemacht werden muß. — Das B. G. B. enthält eine solche Fristbestimmung nicht, indem es die Gewährleistung wegen Rechts-Mängel als ein von der Mängel-Gewähr verschiedenes Rechts-Institut betrachtet.

nicht zusammenfallenden Ansprüche auf Wandelung und Preisminderung nicht wohl passen, während doch nach § 477 alle 3 Ansprüche hinsichtlich der Verjährung gleichgestellt sein sollen. Es ist hiernach in Uebereinstimmung mit der erwähnten in der 2. Lesung des Entw. zum Ausdruck gebrachten Auffassung anzunehmen, daß bezüglich der gedachten 3 Ansprüche, wenn es sich um ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers handelt, die gewöhnliche 30jährige Verjährung (§ 195) Anwendung findet, daß also das B. G. B. die gedachten Ansprüche als dergestalt selbstständig für sich in Betracht kommend erachtet, daß bei der Regelung der Verjährung die grundsätzliche Auffassung arglistigen Verhaltens beim Vertragsabschluß als „unerlaubter Handlung" nicht maßgebend gewesen ist.

4. Sehr erheblich weicht das B. G. B. (§ 477) vom gem., Preuß. und Franz. Recht, sowie vom Sächs. B. G. B. § 923 darin ab, daß es die für Wandelung und Preisminderung festgesetzte kurze Verjährung auch, soweit es sich nicht um Arglist handelt, auf den Schadensersatzanspruch des Käufers (§ 463) ausgedehnt hat.

Das bisherige Recht geht von der Auffassung aus, bei einer Forderung wegen besonders zugesicherter Eigenschaften (dicta et promissa) handle es sich nicht um einen Gewährleistungs-Anspruch, sondern um die Forderung der Vertrags-Erfüllung, bezw. um die Rechtsfolgen der nicht bewirkten (bezw. nicht gehörig bewirkten) Erfüllung [1]. Es haftet also nach bisherigem Recht der Verkäufer auf Grund des Vertrages und so lange die Klage daraus noch nicht verjährt ist, überhaupt wegen Verschuldens, nicht nur wegen Arglist beim Vertragsabschluß.

Für die abweichende Bestimmung des B. G. B. ist nach dem Mot. II S. 240 die Erwägung maßgebend gewesen: „Der praktische Zweck der kurzen Verjährung würde nur unvollkommen erreicht werden, wenn dieselbe nicht zugleich auf den Schadensersatzanspruch ausgedehnt würde".

Das B. G. B. hat also ein Versehen (Fahrlässigkeit) beim Vertragsabschluß (culpa in contrahendo) hinsichtlich der Verjährung der ohne weiteres, insbes. ohne Kenntniß des betr. Mangels eintretenden Gewährleistungspflicht gleichgestellt.

5. Bezüglich der Unterbrechung der im § 477 statuirten Verjährung gelten die allgemeinen Grundsätze (§§ 208 ff.). Behufs Verminderung von Processen über Gewährsansprüche ist ferner (gemäß II § 413) vorgeschrieben, daß die Verjährung auch durch einen Antrag des Käufers auf Beweis-Aufnahme zur Sicherung des Beweises unterbrochen wird. (Denkschr. S. 64.)

6. In Uebereinstimmung mit dem H. G. B. Art. 349 Abs. 5 gestattet das B. G. B. § 477 Abs. 1 a. E., die Haftbarkeit des Verkäufers über die gesetzliche Verjährungsfrist hinaus vertragsmäßig durch Verlängerung dieser Frist auszudehnen, und zwar unbeschränkt, nicht nur, wie es der I. Entwurf § 397 Abs. 4 vorschlug, „bis zur ordentlichen Verjährungsfrist". Die Bestimmung ist mit Rücksicht darauf getroffen, daß im Verkehr häufig für längere Zeiträume „Garantie" übernommen wird. (Mot. II S. 240, Denkschr. S. 63.)

§ 478. Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm

---

[1]) Vgl. Urth. des R. G. vom 3. Februar 1885, Entsch. Bd. 12 S. 352.

und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es der Anzeige oder einer ihr nach Abs. 1 gleichstehenden Handlung nicht.

Nach Röm. und gem. Recht sind Einreden der Regel nach der Verjährung nicht unterworfen; (sie sind gewöhnlich exceptiones perpetuae, nur ausnahmsweise temporales). Im Röm. Recht [1]) wird hierfür (insbes. mit Bezug auf die exceptio doli) als Grund angegeben, daß der Gebrauch der Einrede durch die der Zeit nach nicht vom Verklagten zu bestimmende Anstellung der Klage bedingt ist. Wenn aber auch das die Einrede begründende Recht durch Klage verfolgt werden kann, so ist doch nach Röm. und gem. Recht, wenn die Klage durch Verjährung erloschen ist, die Einrede nicht ausgeschlossen. Dies gilt auch nach Preuß. A. L. R. insbes. wegen der Ansprüche aus der Gewährleistungspflicht.

Das B. G. B. (§ 222) läßt dagegen mit der Vollendung der Verjährung in der Regel nicht nur die betr. Klage, sondern auch die Einrede erlöschen. Als Ausnahme hiervon ist nun in Abänderung des I. Entw. § 397 Abs. 1 (gemäß II § 414) die dem bisherigen Recht sich annähernde, bezw. dem Art. 349 Abs. 3 des H. G. B. entsprechende Vorschrift des § 478 getroffen worden. Es wurde dabei erwogen, das Abschneiden der betr. Einrede würde häufig zu einer unbilligen Härte gegen den Käufer führen; denn so lange der Verkäufer nicht den Kaufpreis verlangt, habe der Käufer in der Regel keinen Anlaß, seinerseits Klage zu erheben und so die Verjährung seiner Ansprüche zu unterbrechen. (Denkschr. S. 64.) — Die rechtliche Lage des Käufers ist danach aber, sofern nicht Arglist des Verkäufers vorliegt, (abgesehen vom handelsrechtlichen Verkehr) ungünstiger als bisher gestaltet worden, da die Einrede auch dann erlischt, wenn der Käufer wegen Unkenntniß des Mangels, — welche die Verjährung nicht hindert, — nicht in der Lage war, vor Vollendung der Verjährung eine Mängel-Anzeige abzusenden.

§ 479. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Die in § 479 festgesetzte Einschränkung der nach § 390 Satz 2 sonst gestatteten Aufrechnung ist im Interesse des Verkäufers bestimmt, der darüber vergewissert werden soll, ob das Kaufgeschäft definitiv erledigt ist. Vgl. Denkschr. S. 64.

§ 480. Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung.

Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

---

[1]) l. 5 § 6 D. de doli mali et met. exc., 44,4.

1. Die Vorschrift des § 480 Abs. 1 entspricht der in der Praxis herrschenden Auffassung, wonach auch beim Gattungskauf die Ansprüche auf Wandelung und Preisminderung dem Käufer wie beim Kauf einer speciell bestimmten Sache (Species-Kauf) zustehen, indem der Verkäufer durch die Lieferung einer bestimmten Waare die vorher nur generell bestimmte Waare individualisirt. Der Verkäufer kann also nicht verlangen, daß der Käufer die Lieferung vertragsmäßiger Sachen statt der mangelhaften annehme, der Käufer ist aber berechtigt, diese Lieferung zu fordern. (Urth. des R. G. vom 28. Febr. 1882, Entsch. Bd. 6 S. 189 f., und vom 19. December 1884, Entsch. Bd. 12 S. 84 f.)

2. In Abweichung von der Regel des § 463 ist für den Schadensersatzanspruch des Käufers in § 480 Abs. 2 nicht die Zeit des Vertragsabschlusses, sondern der Zeitpunkt für maßgebend erklärt worden, in welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht, indem zu dieser Zeit erst die zu leistende Sache bestimmt wird.

§ 481. Für den Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maulthieren, von Rindvieh, Schafen und Schweinen gelten die Vorschriften der §§ 459 bis 467, 469 bis 480 nur insoweit, als sich nicht aus den §§ 482 bis 492 ein anderes ergiebt.

§ 482. Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler (Hauptmängel) und diese nur dann zu vertreten, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen.

Die Hauptmängel und die Gewährfristen werden durch eine mit Zustimmung des Bundesraths zu erlassende Kaiserliche Verordnung bestimmt. Die Bestimmung kann auf demselben Wege ergänzt und abgeändert werden.

1. Nach dem (auf dem Edikt der Aedilen beruhenden) Röm. und gem. Recht hat der Verkäufer für alle erweislich schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesenen verborgenen Mängel insbes. auch beim Viehkauf zu haften, und es stehen dem Käufer hierbei die Wandelungs- und die Preisminderungs-Klage zu. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 192 f., 199—204, Anh. §§ 13 und 14 zu § 204, finden ebenfalls die allgemeinen Grundsätze von der Gewährleistung auch auf den Viehkauf Anwendung, jedoch mit der Modification, daß, wenn eine Krankheit binnen 24 Stunden nach der Uebergabe des Viehs sich zeigt, oder wenn bei Pferden, Rindvieh, Schafen und Schweinen gewisse Krankheiten binnen bestimmter gesetzlicher Fristen sich äußern, die Vermuthung gilt, daß sie schon vor der Uebergabe vorhanden gewesen seien. — Das Sächs. B. G. B. §§ 924—929 hat sich im Allgemeinen den Grundsätzen des Preuß. Rechts angeschlossen, es bestimmt aber, daß bei Pferden und Rindvieh wegen anderer gewisser gesetzlich bestimmter Mängel eine Haftpflicht des Veräußerers nur dann eintritt, „wenn er den Fehler gekannt und dem Erwerber nicht angezeigt oder dessen Nichtvorhandensein versprochen hat". Bei einzelnen Thiergattungen (Pferden, Eseln, Rindvieh, Schafen, Schweinen 2c.) kann ferner nach dem Sächs. B. G. B. § 927 wegen gewisser Fehler nur Aufhebung des Vertrages, Minderung der Gegenleistung aber nur „bei ausgeschlachtetem Vieh" verlangt werden.

Das B. G. B. hat sich in seinen Bestimmungen über die Mängelgewähr beim Viehkauf an die Vorschriften angeschlossen, welche nach dem sogen. Deutschrechtlichen System in Süddeutschland und Elsaß-Lothringen, ferner im vorm. Kurfürstenthum Hessen, im vorm. Herzogthum Nassau, in Frankfurt a. M. und in Sachsen-Koburg gelten.

Daß diese vielfach angefochtenen Bestimmungen dem materiellen Recht weniger entsprechen als die gemeinrechtlichen und preußisch-rechtlichen, wurde auch in der Kommission für die 2. Lesung des Entw. nicht nur von der Minderheit, sondern auch von einem Theile

der Majorität, welche sich für die Vorschriften des I. Entw. entschied, anerkannt; maßgebend war die Erwägung, daß nach dem angenommenen Vorschriften-System die rechtliche Normirung einfach gestaltet und durch Abschneiden von sonst zu erwartenden Processen die Rechtssicherheit vermehrt werde (Reatz I S. 222 ff.).

In der R. T. Kommission wurden von dem Abgeordneten v. Buchka Anträge gestellt, welche die Einführung der römisch-rechtlichen Grundsätze für die Mängelgewähr beim Viehkauf bezweckten. Die Anträge wurden aber in der darüber erfolgten Debatte bekämpft und hiernach vom Antragsteller zurückgezogen [1]).

2. In der gemäß § 482 mit Zustimmung des Bundesraths zu erlassenden Kaiserl. Verordnung können der Natur der Verhältnisse gemäß die „Gewährfristen" nur nach einem in manchen Fällen unzutreffenden Durchschnitt festgesetzt werden, und auch das Verzeichniß der „Hauptmängel" wird nicht alle im Verkehr erheblichen Mängel umfassen können. Der geschäftskundige und vorsichtige Käufer kann aber, — wenn er nach seiner wirthschaftlichen Lage nicht gezwungen ist, auf die Bedingungen des Verkäufers einzugehen, — sich durch besondere Vereinbarungen hinsichtlich der ihm zu leistenden Gewähr schützen [2]). — In dieser Beziehung wollte der I. Entw. § 409 eine ausdrückliche und besondere Bezeichnung der Mängel verlangen, auf welche sich die vereinbarte Gewährpflicht über die Hauptmängel hinaus erstrecken solle; „ein allgemeines Versprechen des Veräußerers, wegen aller Mängel haften zu wollen", sollte also „nur auf die Hauptmängel zu beziehen" sein. Im II. Entwurf § 428 wurde diese Bestimmung nur „im Zweifel", also als Auslegungsregel statuirt. — Die R. T. Kommission (Bericht S. 40) beschloß dann aber (mit allen gegen eine Stimme) die Streichung der Bestimmung (§ 487 der Reg.-Vorlage), weil die vorgeschlagene Auslegungsregel dem Wortlaut und der vermuthlichen Absicht der Parteien direkt widerspreche und dem geschäftsgewandtern Kontrahenten ein bequemes Mittel gewähren würde, den weniger geschäftsgewandten Käufer zu benachtheiligen, indem dieser, durch das allgemeine Versprechen sich für gedeckt haltend, von einer genauern Prüfung oder besondern Vereinbarung absehe. — In der dritten Berathung des Entw. im Reichstage wurde die Wiederherstellung der Bestimmung beantragt, der Antrag aber abgelehnt. Vgl. stenogr. Bericht S. 2777 f.

§ 483. Die Gewährfrist beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht.

§ 484. Zeigt sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist, so wird vermuthet, daß der Mangel schon zu der Zeit vorhanden gewesen sei, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist.

§ 485. Der Käufer verliert die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist

[1]) Vgl. Nr. 29 der gedruckten Abänderungs-Anträge zum Entw. des B. G. B. und R. T. Komm.-Bericht S. 39 f.

[2]) Es ist z. B. die Trichinose nur in Sachsen-Koburg, nicht aber in den andern auf dem sogen. Deutschrechtlichen System beruhenden Gesetzen als Hauptmangel anerkannt. Vgl. v. Völderndorff (Gutachten) in d. Verhandl. des 19. Juristentages (1888) Bd. I S. 63 f. Nach gem. und Preuß. Recht kann der Käufer eines nachträglich als trichinös befundenen Schweines vom Verkäufer Gewährleistung fordern; nach dem B. G. B. hat, falls die Trichinose nicht für einen „Hauptmangel" erklärt wird, der Käufer den Schaden zu tragen, wenn er sich nicht durch eine besondere Abrede schützt oder der Verkäufer geradezu betrügerisch gehandelt hat.

oder, falls das Thier vor dem Ablaufe der Frist getödtet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Thieres den Mangel dem Verkäufer anzeigt oder die Anzeige an ihn absendet oder wegen des Mangels Klage gegen den Verkäufer erhebt oder diesem den Streit verkündet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. Der Rechtsverlust tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

1. Tritt ein „Hauptmangel" erst nach Ablauf der Gewährfrist hervor, so ist der Beweis, daß er schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen sei, ausgeschlossen, und zwar mit „Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs und den in dessen Interesse zu erzielenden Rechtsfrieden" (Mot. II S. 253). Die gesetzliche Vermuthung aber, daß ein innerhalb der Gewährfrist hervorgetretener Mangel schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen sei (§ 484), kann durch Gegenbeweis widerlegt werden. Es ist dieser Gegenbeweis zugelassen worden, „weil die Gewährfrist, wenn sie überhaupt eine Bedeutung haben soll, nicht so bemessen werden kann, daß die Möglichkeit der Entstehung des Fehlers erst nach der entscheidenden Zeit absolut ausgeschlossen ist" (Mot. II S. 252 f.).

2. Die Verpflichtung zur Mangel-Anzeige, bezw. zur alsbaldigen Klage ist dem Käufer im Interesse des Verkäufers auferlegt, denn „der Erwerber könnte anderenfalls durch Verzögerung der Klage dem Veräußerer die Möglichkeit eines Gegenbeweises gegen die Rechtsvermuthung vereiteln, da diese der Regel nach durch sofortige Besichtigung und Untersuchung des Thieres bedingt ist" (Mot. II S. 254 f.). Der I. Entw. (§ 402 Satz 2) wollte — in Uebereinstimmung mit dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 200 f. — dem mit der Anzeige oder Klage säumigen Käufer nur die Berufung auf die gesetzliche Vermuthung betreffs der Entstehungszeit des Mangels entziehen. Der II. Entw. hat dagegen an die Verzögerung der Anzeige bezw. der Klage oder der ihr gleichgestellten Akte den Rechtsverlust geknüpft, und zwar insbes. auf Grund der Erwägung, daß andernfalls der Hauptzweck des Deutschrechtlichen Systems, die Vermeidung unsicherer Processe wieder in Frage gestellt werden würde (Reatz I S. 226).

3. Die Pflicht zur Anzeige ist an den Zeitpunkt des Ablaufs der Gewährfrist geknüpft, nicht an den Zeitpunkt des Hervortretens des Mangels und seiner Erkennung durch den Erwerber, da letzterer Zeitpunkt sehr schwer zu konstatiren ist und „die Nothwendigkeit solcher Konstatirung processualen Chicanen die Thür öffnen würde" (Mot. II S. 256).

4. Der Rechtsverlust ist in den Fällen des § 485 nur bei arglistigem, nicht schon bei wissentlichem Verschweigen des Verkäufers ausgeschlossen; ein Versehen beim Vertragsabschluß (culpa in contrahendo) wird also auch hier dem Verkäufer nicht angerechnet. Der dem Käufer obliegende Beweis arglistigen Verschweigens wird aber gewöhnlich sehr schwer oder garnicht zu führen sein, sodaß auch mit Rücksicht hierauf es sehr angezeigt ist, daß der Käufer sich durch besondere Vereinbarungen sichert.

§ 486. Die Gewährfrist kann durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden. Die vereinbarte Frist tritt an die Stelle der gesetzlichen Frist.

§ 487. Der Käufer kann nur Wandelung, nicht Minderung verlangen.

Die Wandelung kann auch in den Fällen der §§ 351 bis 353, insbesondere wenn das Thier geschlachtet ist, verlangt werden; an Stelle der Rückgewähr hat der Käufer den Werth des Thieres zu vergüten. Das Gleiche gilt in anderen Fällen, in denen der Käufer in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, insbesondere einer Verfügung über das Thier, außer Stande ist, das Thier zurückzugewähren.

Ist vor der Vollziehung der Wandelung eine unwesentliche Verschlechterung des Thieres in Folge eines von dem Käufer zu vertretenden Umstandes eingetreten, so hat der Käufer die Werthminderung zu vergüten.

Nutzungen hat der Käufer nur insoweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat.

1. Abweichend vom gem. und vom Preuß. Recht gewährt das B. G. B. — im Anschluß an das Sächs. B. G. B. § 927 und an die Süddeutschen Währschaftsgesetze (für Bayern, Württemberg, Baden und das Großherzogthum Hessen) — dem Käufer beim Viehhandel nur die Wandelungsklage, nicht auch die Preisminderungsklage. Maßgebend hierfür war die Rücksicht auf „die Rechtseinfachheit und die Gefahr eines Mißbrauchs der Minderungsklage"; „weitläufige und bei lebenden Thieren der Natur der Sache nach stets unsichere Schätzungen werden dadurch vermieden; zugleich wird der Unbilligkeit begegnet, daß der Käufer, der vielleicht trotz des Mangels ein gutes Geschäft gemacht hat, sich durch die Minderungsklage einen weiteren Vortheil verschaffen kann, und der Verkäufer, der vielleicht bei Zurücknahme des Thieres vor Schaden sich wahren kann, durch die Minderung in erheblichen Schaden gebracht wird" (Mot. II S. 257).

2. In den auf dem Römisch-rechtlichen Princip beruhenden Preuß. Gesetzen für den Bezirk des vorm. Appellationsgerichts zu Cöln vom 3. Mai 1859 § 1 und für den Bezirk des vorm. Justizsenats zu Ehrenbreitstein vom 27. März 1865 § 3 ist (ähnlich wie im Bayerischen Währschaftsgesetze vom 26. März 1859) bestimmt, daß, wenn eins von mehreren verkauften Thieren gleicher Art mit einer einen Gewährsmangel bildenden ansteckenden Krankheit behaftet ist, der Erwerber (mit Rücksicht auf den Verdacht der Ansteckung) die Zurücknahme sämmtlicher Thiere fordern kann, wenn sie beim Verkäufer mit einander in Berührung gekommen sind. Eine solche Bestimmung ist in das B. G. B. nicht aufgenommen worden; sie erschien dem Verkäufer gegenüber unbillig und zu weit gehend (Mot. II S. 258 f.). In der 2. Lesung des Entw. wurde dabei insbes. geltend gemacht, in Folge der Seuchengesetzgebung müßten doch die gesunden, der Ansteckung verdächtigen Thiere während der die kurze Gewährfrist stets überschreitenden Dauer der Ansteckungsgefahr in den Ställen des Käufers bleiben; trete die Krankheit erst nach Ablauf der Gewährfrist hervor, so würde der Verkäufer (nach den Grundsätzen des B. G. B.) nur im Fall eines Verschuldens haftbar gemacht werden. (v. Jecklin, der Entw. 2c. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 38 S. 709).

§ 488. Der Verkäufer hat im Falle der Wandelung dem Käufer auch die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie die Kosten der nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung des Thieres zu ersetzen.

Die in § 488 gedachten Kosten, — von denen die der etwa nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung des Thieres im II. Entw. § 423 hinzugefügt sind, — sind vom Verkäufer in Folge seiner Gewährleistungspflicht zu tragen.

Nach dem I. Entw. § 405 war der Abzug der vom Käufer „etwa gezogenen Nutzungen" von den zu vergütenden Kosten vorgeschrieben. Der Abzug dieser Kosten ergiebt sich nun aus § 487 Abs. 4. Es weicht diese Vorschrift aber von der in der Preuß. Praxis herrschenden Auffassung ab, wonach der Käufer sich den Abzug des Nutzens gefallen lassen muß, den er von dem Thiere während seiner Besitzzeit hätte ziehen können, bezw. zu ziehen aus grobem Versehen unterlassen hat.

§ 489. Ist über den Anspruch auf Wandelung ein Rechtsstreit anhängig, so ist auf Antrag der einen oder der anderen Partei die öffentliche Versteigerung

des Thieres und die Hinterlegung des Erlöses durch einstweilige Verfügung anzuordnen, sobald die Besichtigung des Thieres nicht mehr erforderlich ist.

§ 490. Der Anspruch auf Wandelung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, verjährt in sechs Wochen von dem Ende der Gewährfrist an. Im übrigen bleiben die Vorschriften des § 477 unberührt.

An die Stelle der in den §§ 210, 212, 215 bestimmten Fristen tritt eine Frist von sechs Wochen.

Der Käufer kann auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Die Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz unterliegt nicht der im § 479 bestimmten Beschränkung.

1. Im Verkehrsinteresse ist behufs thunlichst baldiger Herbeiführung eines rechtlich sicheren Zustandes für die Gewährleistungsansprüche beim Viehhandel eine besonders kurze Verjährungsfrist festgesetzt; die Ausdehnung der Frist auf 6 Wochen statt der im I. Entw. § 407 vorgeschlagenen 2 Wochen ist im II. Entw. § 425 erfolgt. — Innerhalb derselben Frist ist auch, wenn die Verjährung in den in den §§ 210, 212, 215 gedachten Fällen unterbrochen gewesen ist, demnächst die Klage anzustellen.

2. Der Schadensersatzanspruch wegen Arglist (bezw. arglistigen Verschweigens) Seitens des Verkäufers unterliegt nicht der kurzen Verjährung nach § 490 (vgl. § 477).

3. Die Vorschrift des § 490 Abs. 3 ist (in etwas anderer Fassung) in der 2. Lesung des Entw. hinzugefügt worden. Sie entspricht in Satz 1 ihrem Grundgedanken nach der Bestimmung des § 478. Es tritt also nach § 490 Abs. 3 nicht eigentlich eine Verjährung des Wandelungs-Anspruchs ein, sondern es verjährt nur das bezügliche Klage-Recht, während der Anspruch durch Einrede zur Vertheidigung gegenüber dem Anspruch des Gegners auf den Kaufpreis geltend gemacht werden kann. Vgl. Bemrk. zu § 478.

§ 491. Der Käufer eines nur der Gattung nach bestimmten Thieres kann statt der Wandelung verlangen, daß ihm an Stelle des mangelhaften Thieres ein mangelfreies geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften der §§ 488 bis 490 entsprechende Anwendung.

Die Vorschrift entspricht dem allgemeinen Grundsatze des § 480. — Macht der Käufer von dem Rechte auf Lieferung eines anderen Thieres Gebrauch, so gelten betreffs des Anspruchs auf Ersatz der Fütterungs-Kosten ꝛc., betreffs des Rechts, die öffentliche Versteigerung zu beantragen, und hinsichtlich der Verjährung die allgemeinen Vorschriften der §§ 488 bis 490.

§ 492. Uebernimmt der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder sichert er eine Eigenschaft des Thieres zu, so finden die Vorschriften der §§ 487 bis 491 und, wenn eine Gewährfrist vereinbart wird, auch die Vorschriften der §§ 483 bis 485 entsprechende Anwendung. Die im § 490 bestimmte Verjährung beginnt, wenn eine Gewährfrist nicht vereinbart wird, mit der Ablieferung des Thieres.

§ 493. Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. Bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

1. Ein Kauf nach Probe ist ein unbedingter Kauf, bei welchem der Verkäufer die Probemäßigkeit vertreten muß (H. G. B. Art. 340). Verschieden hiervon ist der Kauf „unter der Bedingung der Probemäßigkeit“; bei diesem Kauf hängt die Existenz des Geschäfts davon ab, daß die Waare probemäßig ist. Vgl. Urth. des vorm. R. O. H. G. vom 16. Januar 1872, Entsch. Bd. 2 S. 148.

2. Die Probemäßigkeit hat der Verkäufer zu beweisen.

Bezüglich der Verpflichtung des Käufers, die ihm übergebene Probe aufzubewahren, im Processe vorzulegen rc., hat das B. G. B. keine Bestimmungen getroffen; sie erschienen überflüssig, und auch „nicht durchaus unbedenklich“ (Mot. II S. 333).

Ist die Aushändigung der Probe durch die Absicht der Vertragsschließenden veranlaßt, daß der Käufer sie Zwecks demnächstiger Kontrolirung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der gelieferten Waare aufbewahren solle, so hat der Käufer, wenn er die Probe nicht aufbewahrt hat, den durch ein solches vertragswidriges Verhalten dem Verkäufer zugefügten Nachtheil auszugleichen und demzufolge die Beweislast für die Probemäßigkeit der Waare zu übernehmen. An und für sich ist aber der Käufer zur Aufbewahrung der Probe nicht verpflichtet, es bedarf hierzu vielmehr einer entsprechenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien. Vgl. Urth. des R. G. vom 4. Januar 1884, Entsch. Bd. 11 S. 36f.

3. Außer der Probemäßigkeit können auch noch andere Eigenschaften bedungen werden, daß z. B. nach Probe verkauftes Getreide Saat-Getreide sei, oder daß nach Probe verkauftes Mehl sich zum Brodbacken eigne. Der Verkäufer hat dann betreffs der zugesicherten Eigenschaften Gewähr zu leisten; die Probemäßigkeit allein genügt in solchen Fällen nicht. Vgl. Urth. des R. G. vom 17. Oktober 1890, Entsch. Bd. 27 S. 19.

§ 495. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

1. Die im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 338, 339 noch besonders ausgesprochene Haftpflicht des Käufers für Versehen bei der Aufbewahrung und Benutzung der ihm zur Probe übergebenen Sache ist auch ohne besondere Vorschrift auch für das B. G. B. mit den Mot. II S. 335 nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen.

2. Behauptet der Käufer gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, daß nur ein Kauf auf Probe vorliege, so liegt hierin ein „Bestreiten“ des unbedingten Kaufs, da ein solcher Kauf in der Regel („im Zweifel“) nach § 495 als unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen gilt; der Verkäufer hat also den Abschluß eines unbedingten Kaufs

zu beweisen. Behauptet dagegen der Käufer das Vorliegen einer auflösenden Bedingung bei dem Geschäfte, so hat er diese „Einrede" zu beweisen. Vgl. Urth. des vorm. R. O. H. G. vom 22. Juni 1872, Entsch. Bd. 7 S. 38.

§ 496. Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

Die Bestimmung, daß der Verkäufer dem Käufer eine Erklärungsfrist ohne Anrufung des Gerichts festsetzen kann, entspricht dem H. G. B. Art. 339 Abs. 3. Nach dem Sächs. B. G. B. § 1104 „kann der Verkäufer dem Käufer eine Frist von 14 Tagen zur Erklärung setzen". Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 kann der Verkäufer bei Gericht die Bestimmung einer Frist beantragen.

Ob die vom Verkäufer bestimmte Frist angemessen war, ist im Fall des Streits nachträglich vom Gericht im betr. Processe zu entscheiden.

2. Wiederkauf.

§ 497. Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zu Stande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf.

Der Vorbehalt des Wiederkaufs (Rückkaufs) wirkt nur obligatorisch unter den Vertragschließenden, das Recht ist aber übertragbar (cessibel) und vererblich (Mot. II S. 341). Ein dingliches Wiederkaufsrecht hat das B. G. B. nicht statuirt; ein solches kann auch nicht — wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 264, 265, 311 und nach Sächs. B. G. B. § 1134 — an Grundstücken durch Eintragung im Grundbuche begründet werden. Auch die Kenntniß des Dritten vom Wiederkaufsrecht giebt — anders als nach den cit. Vorschriften des Preuß. und Sächs. Rechts — dem Berechtigten nach dem B. G. B. keinen Anspruch gegen den Dritten.

§ 498. Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen.

§ 499. Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch

begründeten Rechte Dritter zu beseitigen. Einer Verfügung des Wiederverkäufers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Die Bestimmungen der §§ 498, 499 beruhen auf dem Grundgedanken, daß, falls das Wiederkaufsrecht ausgeübt wird, der frühere Verkauf für die Vergangenheit nicht außer Kraft tritt, daß aber der Käufer mit der Möglichkeit des Wiederkaufs zu rechnen und demzufolge die Sache sorgfältig zu behandeln, bezw. zu erhalten hat. Vgl. Mot. II S. 342 f. — Die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen hat der Käufer, da der frühere Vertrag an sich nicht rückgängig wird, nicht zu erstatten, wie § 478 Abs. 1 des I. Entw. noch ausdrücklich besagte. Als selbstverständlich ist ferner auch im II. Entw. die Vorschrift des I. Entw. § 479 gestrichen worden, daß der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer Zinsen vom Wiederkaufpreise für die Zwischenzeit nicht zu zahlen habe. Ebenso ist der Rechtszustand nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 297.

§ 500. Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Werth des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist. Eine Einrichtung, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen.

Auch für nothwendige Verwendungen kann, sofern sie den Werth der Sache nicht erhöht haben, der Wiederverkäufer Ersatz nicht verlangen. — Vgl. § 258.

§ 501. Ist als Wiederkaufpreis der Schätzungswerth vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, so ist der Wiederverkäufer für eine Verschlechterung, den Untergang oder die aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatze von Verwendungen nicht verpflichtet.

Die hier normirten Folgen des Wiederkaufs zum Schätzungswerth erschienen der Parteiintention entsprechend (Mot. II S. 344).

§ 502. Steht das Wiederkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im Ganzen auszuüben.

Aus dem Wesen des Wiederkaufsrechts ergiebt sich die auch im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 320 und im Sächs. B. G. B. § 1135 statuirte Untheilbarkeit seiner Ausübung.

§ 503. Das Wiederkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von dreißig, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablaufe von drei Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

Die Vorschrift ist erst in den II. Entw. § 438 (dort etwas anders redigirt) aufgenommen worden. Das Preuß. A. L. R. enthält eine solche zeitliche Begrenzung des Wiederkaufsrechts nicht und schließt (Th. I Tit. 11 § 317) auch die Verjährung aus, wenn der Verkäufer den

Wiederkauf sich und seinen Erben ausdrücklich vorbehalten hat, oder wenn sonst aus der Fassung des Vertrages deutlich hervorgeht, daß die Ausübung des Rechts „zu allen Zeiten stattfinden solle". — Nach dem Sächs. B. G. B. § 1133 erlischt das Wiederkaufsrecht, wenn keine Frist dafür bestimmt ist, bei beweglichen Sachen in einem Jahre, bei unbeweglichen in 10 Jahren von der Uebergabe der Sache an den Käufer an.

3. Vorkauf.

§ 504. Wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkaufe berechtigt ist, kann das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.

1. In den §§ 504—514 ist das persönliche Vorkaufsrecht geregelt; auf das dingliche Vorkaufsrecht, das nur an Grundstücken, nicht auch an beweglichen Sachen stattfindet, beziehen sich die §§ 1094 ff., auf das Vorkaufsrecht der Miterben die §§ 2034, 2035.

2. Die Ausübung des Vorkaufsrechts, bei welchem der Berechtigte dem Verpflichteten dasselbe gewähren soll, wie der Dritte, ist demzufolge dadurch bedingt, daß mit dem Dritten ein Kaufvertrag abgeschlossen ist; „es findet also nicht auch in den Fällen statt, wenn der Verpflichtete durch einen anderen nicht als Kaufvertrag anzusehenden Vertrag veräußert hat" (Mot. II S. 345), insbesondere also nicht beim Tausch. In diesen Fällen findet auch nicht ein Schadensersatzanspruch gegen den Veräußerer statt, da das Vorzugsrecht nur für den Fall des Verkaufs besteht; dem Dritten gegenüber wirkt das Recht nicht (vgl. Mot. a. a. O.).

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 § 576 wird die Angabe an Zahlungsstatt, „ingleichen jede Veräußerung des zum Eigenthume gehörenden Nutzungsrechts, welche gegen baares Entgelt geschieht", hinsichtlich des Vorkaufsrechts „einem wirklichen Verkaufe gleich" geachtet.

3. Das Vorkaufsrecht kann, wie das Sächs. B. G. B. § 1120 noch ausdrücklich bestimmt, „auch ausgeübt werden, wenn blos ein Theil der Sache verkauft wird". Vgl. Mot. a. a. O. Will der Berechtigte sein Recht rücksichtlich des verkauften Theiles nicht ausüben, so kann er nach dem Sächs. B. G. B. (a. a. O.) „ein gerichtliches Verbot der Veräußerung dieses Theiles ausbringen". Eine solche Bestimmung ist als nicht im Wesen des Vorkaufsrechts liegend und als nicht praktisch erforderlich in das B. G. B. nicht aufgenommen worden (Mot. a. a. O.).

§ 505. Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zu Stande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.

Es ist nach § 505 Abs. 2 nicht ausgeschlossen, daß zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten andere Bestimmungen, als die von letzterem mit dem Dritten vereinbarten, vertragsmäßig festgesetzt werden (Mot. II S. 347).

§ 506. Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam.

Die Ausübung des Vorkaufsrecht soll nicht dadurch vereitelt oder erschwert werden dürfen, daß der Kaufvertrag gerade wegen des Vorkaufsrechts bedingt oder unter Vorbehalt des Rücktritts abgeschlossen wird (Mot. II S. 346).

§ 507. Hat sich der Dritte in dem Vertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außer Stande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Werth zu entrichten. Läßt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Vereinbarung der Nebenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde.

1. Die Vorschrift schließt sich an das fast überall geltende bisherige Recht an (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 § 579); nur das Sächs. B. G. B. § 1123 verlangt allgemein, daß, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Vorkaufsberechtigte dasselbe leiste, wozu sich der Dritte erboten hat; Werthsersatz statt der (schätzbaren) Nebenleistung ist hiermit also nicht für genügend erklärt.

2. Das Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 581, 582 erklärt das Vorkaufsrecht für ausgeschlossen, wenn der dritte Käufer die Verpflegung des Verkäufers mit persönlichen Leistungen (nicht nur Geldzahlung oder Prästationen dazu) übernommen hat. Dasselbe ist nach dem B. G. B. anzunehmen, da es sich dann um eine nicht in Geld zu schätzende Nebenleistung handelt.

§ 508. Hat der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesammtpreise gekauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises zu entrichten. Der Verpflichtete kann verlangen, daß der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachtheil für ihn getrennt werden können.

Nach der allerdings verschieden interpretirten Vorschrift des § 607 des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 kann der Vorkaufsberechtigte, wenn die mit dem Vorkaufsrecht belastete Sache mit andern zu einem Gesammtpreise verkauft ist, den Eintritt in den ganzen Kauf und nicht bloß Ueberlassung der dem Vorkaufsrecht unterliegenden Sache gegen einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises fordern. (Vgl. Urth. des Ob.-Trib. vom 17. December 1856, Entsch. Bd. 34 S. 156.) — Im gem. Recht ist die Frage streitig. — Die Vorschrift des § 508 Satz 1 entspricht dem Sächs. B. G. B. § 1123. — Der 2. Satz des § 508 ist in der 2. Lesung des Entw. (§ 442) hinzugefügt worden.

§ 509. Ist dem Dritten in dem Vertrage der Kaufpreis gestundet worden, so kann der Vorkaufsberechtigte die Stundung nur in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet.

Ist ein Grundstück Gegenstand des Vorkaufs, so bedarf es der Sicherheitsleistung insoweit nicht, als für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, übernommen worden ist.

Die Bestimmung des § 509 ist — und zwar Abs. 1 im Anschluß an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 § 621 — in den II. Entw. § 443 aufgenommen worden.

§ 510. Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzutheilen. Die Mittheilung des Verpflichteten wird durch die Mittheilung des Dritten ersetzt.

Das Vorkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablaufe einer Woche nach dem Empfange der Mittheilung ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

1. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 §§ 609, 610 muß der Berechtigte sich über die Ausübung des Vorkaufsrechts nach Bekanntmachung des Kaufs bei beweglichen Sachen binnen der für die Vertragsannahme gesetzlich festgesetzten Frist erklären, bei Grundstücken binnen 2 Monaten. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 1122 beträgt die Frist von der Kaufs-Anzeige an bei beweglichen Sachen 3 Tage, bei unbeweglichen 30 Tage.

2. „Unterläßt der Verpflichtete die Anzeige von dem Verkaufe, zu welcher nach dem Sinne und dem Wortlaute der Vorschrift auch die Mittheilung der Person des Käufers und der Bestimmungen des Kaufvertrages gehört (§ 483, jetzt 505), so greift die gewöhnliche Verjährung Platz" (Mot. II S. 352). — Durch die Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige wird aber der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber schadensersatzpflichtig (Mot. II S. 348).

§ 511. Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt.

Die Vorschrift schließt sich an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 § 584 an.

§ 512. Das Vorkaufsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Die Ausdehnung der Vorschrift auf den Verkauf durch den Konkursverwalter ist im II. Entw. (§ 445) erfolgt.

§ 513. Steht das Vorkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben.

Vgl. §§ 356 und 502.

§ 514. Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich.

Die dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 20 § 594 entsprechende Regel der Unübertragbarkeit des Vorkaufsrechts beruht auf der Auffassung, „daß das Vorkaufsrecht nur persönlichen Interessen des Berechtigten zu dienen bestimmt ist. Von selbst versteht sich, daß das durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstandene Recht aus dem Kaufvertrage nach allgemeinen Grundsätzen übertragbar ist" (Mot. II S. 351).

IV. Tausch.

§ 515. Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.

Bezüglich der Rechts- und Mängel-Gewährleistung sind im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 367 ff. die für Kaufgeschäfte geltenden Grundsätze im Anschluß an eine ältere gemeinrechtliche Auffassung für Tauschgeschäfte modificirt worden. Nach dem B. G. B. gelten auch in dieser Hinsicht die allgemeinen Vorschriften.

Zweiter Titel.

Schenkung.

§ 516. Eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Theile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Ist die Zuwendung ohne den Willen des Anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der Andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

1. Die Definition der Schenkung in § 516 Abs. 1 entspricht der gemeinrechtlichen Begriffsbestimmung. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1037 bezeichnet die Schenkungen als „Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet".

2. Schenkungen können in so verschiedener Weise erfolgen, wie dem einen Vermögen aus dem andern etwas zugeführt werden kann, — durch Verschaffung eines dinglichen Rechts (dando), durch Verschaffung eines Forderungsrechts (obligando) und durch Befreiung von einer Schuld oder Last (liberando).

Der I. Entw. (§ 439) bestimmte noch:

> Eine Bereicherung liegt nicht vor, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet wird, selbst wenn ein Anderer als der Verpflichtete die Sicherheit leistet.

In der 2. Lesung des Entw. wurde diese Bestimmung gestrichen; einerseits wurde dabei geltend gemacht, die Bestellung einer Sicherheit enthalte eine causa eigener Art, da der Empfänger schließlich nur das, was ihm ohnehin gebühre, erhalte, andererseits wurde die erwähnte Bestimmung für bedenklich erachtet, weil Fälle denkbar seien, in denen die Bestellung einer Sicherheit sich in der That als Schenkung darstelle, z. B. die Bürgschaft oder Pfandbestellung für eine Forderung gegen eine vermögenslose Verlassenschaft (Reatz I S. 245 Note 3).

3. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1041 ff. stellt eine Vermuthung dafür auf, daß das ohne Vorbehalt Gegebene als geschenkt anzusehen sei, wenn „eine besondere persönliche, obschon nicht gesetzlich verbindende Pflicht zur Wohlthätigkeit" vorliegt, wenn insbesondere Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister und Eheleute einander etwas ohne Vorbehalt geben, oder wenn es sich um Gaben an Arme zu ihrem Unterhalt oder an Armenanstalten und milde Stiftungen handelt. — Das B. G. B. hat dergleichen Bestimmungen nicht aufgenommen; die Motive II S. 289 bezeichnen solche Vermuthungen als „unpraktisch". In der Preußischen Praxis hat sich aber namentlich die Schenkungsvermuthung betreffs des von Verwandten einander Gegebenen als zweckmäßig erwiesen. — Nach § 685 Abs. 2 soll denn auch, wenn Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese

jenen Unterhalt gewähren, „im Zweifel" angenommen werden, daß dafür Ersatz zu fordern nicht beabsichtigt sei.

4. Besondere Bestimmungen über sogenannte belohnende (remuneratorische) Schenkungen enthält das B. G. B. nicht; sie werden also wie eine gewöhnliche Schenkung behandelt. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 1173 f. erfordert das belohnende Schenkungsversprechen zu seiner Gültigkeit Schriftform unter Angabe der Handlung oder des Dienstes, um deren Belohnung es sich handelt; ist diese Form nicht beobachtet, so wird die Schenkung wie eine gewöhnliche behandelt.

5. Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage mit der Absicht zu schenken (animo donandi) eine den Werth der Gegenleistung übersteigende Leistung vereinbart wird (negotium mixtum cum donatione), so ist, — wie auch die Motive II S. 287 als „selbstverständlich" bezeichnen, — dieser Vertrag, soweit der Werth der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, wie nach bisherigem Recht, als Schenkung zu betrachten.

§ 517. Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn Jemand zum Vortheile eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtniß ausschlägt.

Die dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1039 entsprechende Bestimmung ergiebt sich daraus, daß die Schenkung begriffsmäßig eine Veräußerung aus bereits erworbenem Vermögen voraussetzt.

§ 518. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise ertheilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung.

Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.

1. Nach Röm. und gem. Recht bedürfen Schenkungen über eine Summe oder einen Werthsbetrag von mehr als 500 solidi (in der gemeinrechtlichen Praxis zu 2⁴/₅ Thlr., zusammen = 1400 Thlr. (4200 Mk.) gerechnet) in der Regel der gerichtlichen Verlautbarung (Insinuation), widrigenfalls die Schenkung, soweit sie jenen Betrag übersteigt, nichtig ist. Nach dem Vorbilde dieser Vorschriften bestimmt das Sächs. B. G. B. §§ 1056, 1058, daß Schenkungen, soweit sie die Summe von 1000 Thalern (= 3000 Mk.) übersteigen, oder Schenkungen von jährlich 50 Thlr. (150 Mk.) übersteigenden wiederkehrenden Leistungen auf unbestimmte Zeit nur gültig sind, „wenn das Schenkungsgeschäft vor Gericht zu Protokoll erklärt oder gerichtlich bestätigt ist". Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1063 ff. verlangt zur Klagbarkeit von Schenkungsverträgen gerichtliche Abschließung; eine geschenkte bewegliche Sache kann aber nach erfolgter „wirklicher Naturalübergabe" wegen Formmangels nicht zurückgefordert werden, und ebenso ist die Rückforderung einer auf Grund eines schriftlichen, wenngleich außergerichtlichen Schenkungsvertrages übergebenen unbeweglichen Sache wegen Mangels eines gerichtlichen Vertrages ausgeschlossen; der Schenker kann aber jede außergerichtliche durch Uebergabe vollzogene Schenkung binnen 6 Monaten seit der Uebergabe widerrufen. (Vgl. auch Bemrk. 2 a zu § 398.) — Nach Französ. Recht (code civil art. 931, 932) müssen Schenkungen bei Vermeidung der Nichtigkeit notariell verlautbart werden.

2. a) Die Formvorschriften des § 518 Abs. 1 bezwecken insbesondere die Verhütung übereilter, leichtsinniger Schenkungsversprechen; auch dienen sie zur Beseitigung der in manchen Fällen nicht ausgeschlossenen Zweifel, ob ein wirkliches Schenkungsversprechen oder nur eine Erklärung über eine in Aussicht gestellte, künftig beabsichtigte Schenkung vorliegt; ferner sind solche Formvorschriften zweckmäßig, um Streitigkeiten über angebliche Schenkungsversprechen eines Verstorbenen vorzubeugen oder die Umgehung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen und Schenkungen auf den Todesfall thunlichst zu verhüten. (Vgl. Mot. II S. 293.)

Die Bedeutung der Vorschrift des § 518 Abs. 1 wird aber sehr erheblich eingeschränkt durch die Bestimmung (Abs. 2), daß der Formmangel durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird. Der I. Entw. § 441 bestimmte in dieser Hinsicht: „Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig".

Die Bestimmung des § 518 Abs. 2 entspricht in gewisser Hinsicht der Vorschrift des § 313, wonach durch die Auflassung und die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch der der Veräußerung des betr. Grundstücks zu Grunde liegende Vertrag rechtsgültig wird. Hierbei handelt es sich aber nur um die (durch die Auflassung vermittelte) Uebertragung des Eigenthums, während bei der Erfüllung von Schenkungsversprechen — abgesehen von der schenkungsweisen Auflassung von Grundstücken, — gerade die Uebergabe der geschenkten Sache vornehmlich in Betracht kommt.

b) Der I. Entw. (§ 441, s. oben zu a) ging von der Auffassung aus, das formlose oder formwidrige Schenkungsversprechen sei und bleibe auch nach der Erfüllung derartig nichtig, daß, wenn der Schenker die Schenkung in der irrthümlichen Annahme, hierzu rechtlich verpflichtet zu sein (solvendi causa), erfüllt habe, das Geleistete wie eine Nicht-Schuld (indebitum) zurückgefordert (condicirt) werden könne; leiste dagegen der Schenker das Versprochene unter Absehen vom ungültigen Schenkungsversprechen bezw. in Kenntniß von der Nichtigkeit des letzteren (animo donandi), so liege eine neue und zwar vollzogene (gemäß I § 441) gültige Schenkung vor (Mot. II S. 295). Nach § 518 fällt diese künstliche und unpraktische Unterscheidung fort.

Die Vorschrift gilt allgemein, sowohl im Fall eines vorangegangenen Schenkungsversprechens als auch bei unmittelbarer Vollziehung der Schenkung.

3. In den bisherigen Rechtssystemen ist — anders als im B. G. B. — der Vertragserfüllung überhaupt, nicht nur bei Schenkungsversprechen praktisch sehr erhebliche die Wirkung des Formmangels beseitigende oder wenigstens wesentlich abschwächende Bedeutung beigelegt; denn die Zwecke der Formvorschriften: Schutz gegen Uebereilung, Feststellung des ernsten auf den Vertragsabschluß gerichteten Willens (im Gegensatz zu Vorverhandlungen) und Sicherung oder Erleichterung des Beweises, — diese Zwecke kommen nach erfolgter Vertragserfüllung im Allgemeinen nicht mehr in Betracht, und es entspricht auch dem ethischen Moment im Recht, Verträge thunlichst aufrecht zu erhalten und sie demgemäß nach erfolgter Erfüllung der Anfechtung wegen Formmangels zu entziehen.

Schon im ältern Römischen Recht wurde durch Gewährung einer Einrede (exceptio rei venditae et traditae) derjenige geschützt, der eine Sache, deren Eigenthum nur durch einen bestimmten formalen Akt (Mancipation) erlangt werden konnte, insbesondere ein auf Italischem oder ihm rechtlich gleichgestellten Boden belegenes Grundstück ohne Beobachtung dieser Form durch Kauf und Uebergabe erworben hatte; der Veräußerer konnte dann das ihm formell verbliebene Eigenthum nicht mehr mit Erfolg geltend machen, — wie es nach dem B. G. B. derjenige kann, der ein Grundstück durch nicht formgemäßen Vertrag verkauft und übergeben, aber nicht aufgelassen hat. Auch nicht formgemäße und deshalb nicht klagbare Verträge (pacta) waren nach beiderseits erfolgter Erfüllung rechtsbeständig, während, wenn nur ein Contrahent den Vertrag erfüllt hatte, er die vereinbarte

Gegenleistung vom Gegner fordern oder, wenn dieser den Vertrag nicht erfüllen konnte oder wollte (im Verzuge war), das Geleistete (ob causam non secutam) zurückfordern konnte. — Das Französ. Recht (code civil art. 1338) betrachtet die freiwillige Erfüllung (execution volontaire) als Genehmigung rechtsungültiger Verträge und von diesem Standpunkte aus erkennt auch die Französ. Rechtsprechung formlose Handgeschenke (dons manuels), ohne daß das Gesetz dies besonders besagt, als rechtsbeständig an. — Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 156 ff. können beiderseits erfüllte Verträge über bewegliche Sachen und die ihnen (nach Th. I Tit. 2 § 7) gleichstehenden Rechte nicht wegen Mangels der Schriftform angefochten werden und bei nicht formgemäßen Verträgen über Handlungen muß für die Handlung, wenn sie geleistet ist, die mündlich vereinbarte Vergütung gewährt werden; ist der Vertrag nur von einer Partei erfüllt, so ist der Gegner, wenn der Leistende nicht vom Vertrage zurücktritt, verpflichtet, „entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen oder das erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten". — Das Preuß. A. L. R. enthält ferner den praktisch sehr wichtigen Grundsatz, daß von einem nicht formgemäßen (mündlichen), aber erfüllten Vertrage über Grundstücke nur die Contrahenten selbst und ihre Universal-Rechtsnachfolger (Erben rc.) zurücktreten können, daß aber dies persönliche Recht auf den Sondernachfolger (Singularsuccessor) des betr. Contrahenten nicht übergeht. Wenn also z. B. Grundstücksnachbarn über eine Grenzregulirung, Benutzung einer Grenzmauer bei einem Hausbau und dgl. ein mündliches Abkommen getroffen und erfüllt haben, so können spätere Eigenthümer des betr. Grundstücks nach Preuß. Recht nicht ohne weiteres wegen formeller Ungültigkeit des betr. Abkommens die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen [1]).

Das B. G. B. unterscheidet dagegen in der Regel nicht zwischen Nichtigkeit aus formalen und andererseits aus materiellen Gründen (vgl. §§ 125, 134, 138); demgemäß ist nur ausnahmsweise beim Schenkungsversprechen (§§ 519, 2301) und (von der R. T. Kommission) bei Bürgschaften (§ 766) der realen Erfüllung die Wirkung der Formmangel-Heilung beigelegt. Die selbstständig für sich bestehende, die Wirkung der Auflassung betreffende Vorschrift des § 313 bezieht sich nicht auf die reale Vertrags-Erfüllung, sondern die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch bildet auch ohne reale Erfüllung die für die Uebertragung des Grundstücks-Eigenthums erforderliche Form, auch bei Schenkungen, so daß nur sie, nicht aber die Uebergabe eines geschenkten Grundstücks den Formmangel des Schenkungsversprechens heilt.

4. a. Nach § 518 Abs. 2 kann eine Schenkung rechtsgültig auch durch bloße formfreie Willenserklärung erfolgen, wenn dadurch die Uebertragung des geschenkten Gegenstandes auf den Schenker ohne weiteres Erforderniß nach allgemeinen Grundsätzen vermittelt wird. Dies ist insbesondere der Fall beim Erlaß und bei der Forderungsabtretung (Cession) (vgl. Bemrk. 2b zu § 398).

Demgemäß ist nach dem B. G. B. auch die mündliche Schenkung eines Sparkassenguthabens rechtsgültig, während hierzu nach Preuß. Recht schriftliche Cession erforderlich ist, der Formmangel aber als geheilt gilt, wenn der Beschenkte das Sparkassenbuch vom Schenker übergeben erhalten und das Guthaben eingezogen hat. Vgl. Urth. des R. G. vom 19. März 1883, Entsch. Bd. 9 S. 245 f.

b. Auch die Schenkung beweglicher Sachen kann nach dem B. G. B. ohne die im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 1065 f., 1068 erforderte thatsächliche, körperliche Uebergabe durch formfreie Willenserklärung vollzogen werden, indem der Schenker die Sache nach einer mit dem Beschenkten getroffenen Vereinbarung (constitutum possessorium, § 930) für letzteren in Besitz behält. Die Bedenken gegen eine solche Schenkungsform wurden in der Komm. für die 2. Lesung des Entw. zum Theil anerkannt, für ausschlaggebend wurde aber die Er-

[1]) Vgl. z. B. Erk. des Ob. Trib. vom 23. September 1875, Entsch. Bd. 75 S. 308 f.

wägung erachtet, daß der Schenker hier bei Abgabe der Erklärung sich bewußt sein werde, daß er die Schenkung nicht nur verspreche, sondern bereits vollziehe (Reatz I S. 249). Ein solches Bewußtsein hindert aber nicht eine Sinnesänderung des Schenkers und Streitigkeiten mit ihm oder seinen Erben oder unter den letzteren. Zur Vermeidung solcher Streitigkeiten und fataler Processe wird also bei derartigen Schenkungen der Beschenkte auf Erlangung einer schriftlichen Bestätigung der Schenkung Seitens des Schenkers Bedacht zu nehmen haben.

c. Die schenkungsweise Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses ist im § 518 sehr mit Recht der andernfalls leicht zu umgehenden Formvorschrift unterworfen.

Der Wissenschaft und Praxis überlassen, d. h. unbestimmt gelassen hat das B. G. B. die Frage, „ob nicht in gewissen Fällen wegen der besonderen Beschaffenheit des abstrakten Versprechens (z. B. wenn eine Schuldverschreibung auf Inhaber, eine indossabele Schuldverschreibung, eine solche in Wechselform, ein Grundschuldbrief, die Annahme auf einer Anweisung ertheilt ist) eine vollzogene Schenkung vorliege" (Mot. II S. 294). In der Komm. für die 2. Lesung des Entw. wurde die Entscheidung der Frage im Allgemeinen ebenfalls der Wissenschaft und Praxis überlassen, es wurde dabei aber bemerkt, nach der Auffassung des Lebens stehe die Hingabe eines Wechsels der Hingabe von Geld vollkommen gleich, auch in anderen Fällen werde je nach der besonderen rechtlichen Natur der betr. Urkunde in deren Hingabe häufig eine bereits vollzogene Schenkung liegen (Reatz I S. 249). In der R. T. Kommission kam die Frage nicht zur Erörterung.

Bei der Entscheidung der Frage ist von der Erwägung auszugehen, daß eine Zwangspflicht, eine Klage auf Gewährung des Versprochenen nur durch ein formgemäßes Schenkungsversprechen begründet werden soll. Hat sich der Schenker des geschenkten Gegenstandes zu Gunsten des Schenkers bereits entäußert, so ist allerdings die Rückforderung wegen Formmangels ausgeschlossen; wird aber durch das, was der Schenker dem Beschenkten leistet, insbesondere durch die Hingabe eines Wechsels oder des Grundschuldbriefes über eine auf dem Grundstücke des Schenkers eingetragene Grundschuld nur ein Schuldverhältniß des Schenkers gegenüber dem Beschenkten begründet, so liegt nicht eine bereits erfüllte, reell vollzogene Schenkung vor, sondern nur ein Schenkungsversprechen. Namentlich ist die schenkungsweise Ausstellung eines Wechsels in dieser Hinsicht einem abstrakten Schuldversprechen im Sinne des B. G. B. § 780 völlig gleichzustellen; andernfalls würde die auch für die gedachten Schuldversprechen gegebene Formvorschrift für Schenkungen auf die einfachste Weise umgangen, ihr Zweck also vereitelt werden können.

Nicht beizutreten ist hiernach der im Urtheil des R. G. vom 19. Juni 1880 geltend gemachten Ansicht, daß die schenkungsweise Ausstellung und Uebergabe eines Wechsels (gleichwie die Uebergabe einer beweglichen körperlichen Sache im Sinne des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 1063 f.) als Erfüllung des Schenkungs-Versprechens zu betrachten sei. — Wenn aber der Beschenkte den Wechsel mit Genehmigung des Schenkers weiter begiebt, so wird der Schenker Erstattung des an den dritten Wechselinhaber Gezahlten vom Beschenkten wegen der Formlosigkeit des Schenkungs-Versprechens nicht fordern können, da alsdann der Beschenkte den ihm zugedachten Vermögensvortheil reell erhalten hat, somit also die Schenkung erfüllt ist.

d. Der Verzicht auf ein erworbenes Recht (im Gegensatz zu den in § 517 gedachten Fällen) ist als Schenkung zu betrachten, wenn damit zugleich die unentgeltliche Uebertragung des aufgegebenen Rechts auf einen Andern verbunden ist, wenn z. B. jemand das Wohnungsrecht, welches er sich bei der Veräußerung seines Grundstücks darin vorbehalten hat, späterhin zu Gunsten des neuen Grundstücksbesitzers aufgiebt. (Vgl. Urth. des R. G. vom 16. April 1884, Entsch. Bd. 9 S. 349 f.) Handelt es sich hierbei um eine Forderungsübertragung (Cession), so genügt zur Vollziehung der Schenkung eine formlose Erklärung; soll aber in

solchen Fällen ein dingliches Recht schenkungsweise übertragen, bezw. aufgegeben werden, so ist die Schenkung erst vollzogen, wenn die zur Bestellung der Uebertragung des betr. Rechts erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

§ 519. Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise ertheilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird.

Treffen die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammen, so geht der früher entstandene Anspruch vor.

Das Röm. und gem. Recht gewährt dem Schuldner wie in einigen andern Fällen so auch gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens die Rechtswohlthat der Competenz (beneficium competentiae), d. h. er kann verlangen, daß ihm das zu seinem und der Seinigen Unterhalt Erforderliche belassen werde. Auch die Preuß. Allg. Ger. Ordn. Th. I Tit. 49 § 16 Nr. 6 gewährte u. a. dem Schenker diese Rechtswohlthat. In der Preuß. Konk.-Ord. §§ 435 ff. waren noch Verwandte des Schuldners in auf- und absteigender Linie, Geschwister und der Ehegatte während der Ehe zur Bewilligung einer Competenz für verpflichtet erklärt. Ob durch die Vorschriften der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung jene Einschränkungen der strengen Rechtsverfolgung beseitigt sind [1]), ist nicht unbestritten.

In seiner Vorliebe für scharf durchgeführte juristische Consequenz hatte der I. Entw. des B. G. B. die Rechtswohlthat der Competenz auch dem Schenker versagt. Erst in den II. Entw. § 466 wurde, entsprechend den mehrfach in der Kritik geäußerten Wünschen, die Vorschrift des § 519, soweit sie sich auf Belassung des standesmäßigen Unterhalts des Schenkers bezieht, aufgenommen. In der R. T. Komm. (Bericht S. 41) wurde dann die Bestimmung auch auf die Sicherung der gesetzlichen Unterhaltungspflichten des Schenkers ausgedehnt. Nach der Fassung der Reg.-Vorlage (§ 514) hätte nämlich, wie hierbei geltend gemacht wurde, ein gesetzlich zum Unterhalt von Verwandten Verpflichteter der Billigkeit zuwider die Erfüllung dieser Verpflichtung gemäß § 1603 Abs. 1 mit Bezug auf ein zu seinen „sonstigen Verpflichtungen" zu rechnendes Schenkungsversprechen unter Umständen verweigern können.

§ 520. Verspricht der Schenker eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung, so erlischt die Verbindlichkeit mit seinem Tode, sofern nicht aus dem Versprechen sich ein Anderes ergiebt.

Der I. Entw. § 447 erklärte den Erben des Schenkers Mangels einer anderen Vertragsbestimmung „zur Fortgewährung der Unterstützung nicht verpflichtet". Die Vorschrift wurde in der 2. Lesung des Entw. nicht beanstandet (Greiff, der Entw. 2c. in 2. Lesung, Gruchot, Beiträge Bd. 37 S. 451). Die anderweite Fassung (II § 467, jetzt § 520) soll also nicht eine sachliche Aenderung bedeuten. Demgemäß bleibt die Haftung der Erben des Schenkers für die aus der Lebenszeit des Schenkers rückständigen Leistungen stehen.

§ 521. Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

---

[1]) Dies nimmt an Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. II § 110; dagegen: Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. I § 113 Anmrk. 5.

1. Die Vorschrift entspricht dem gem. Recht, dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 280 und dem Sächs. B. G. B. § 728, während das Französ. Recht über eine beschränkte Haftung des Schenkers nichts bestimmt, hier also die allgemeinen Grundsätze betreffs der Haftung wegen Nicht-Erfüllung von Verträgen Anwendung finden.

2. Die Vorschrift gilt, wie nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen ist, auch für die Rechtsnachfolger, insbesondere die Erben des Schenkers. (Vgl. Mot. II S. 296.)

§ 522. Zur Entrichtung von Verzugszinsen ist der Schenker nicht verpflichtet.

1. Aus Billigkeits-Rücksichten ist diese vom § 288 abweichende Bestimmung getroffen worden. Im Uebrigen aber finden die allgemeinen Vorschriften über die Folgen des Verzugs des Schuldners (§§ 284 ff.) auch auf den Verzug des Schenkers Anwendung; insbesondere ist auch er (wie I § 445 noch besonders bemerkte) zum Schadensersatz wegen Verzugs gemäß § 286 verpflichtet. — Zinsen seit der Rechtshängigkeit des wegen der betr. (fälligen) Geldschuld angestellten Processes hat auch der Schenker gemäß § 291 zu zahlen.

2. Die Vorschrift des § 522 gilt — abweichend vom Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1081 — auch für die Erben des Schenkers.

§ 523. Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs. 2 bis 4 und der §§ 441 bis 444 finden entsprechende Anwendung.

1. Der I. Entw. § 443 unterschied zwischen Schenkungen eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes und anderen Zuwendungen; nur bei Schenkungen der erstern Art sollte der Schenker wegen eines Mangels in seinem Rechte nach den allgemeinen Grundsätzen haften, bei anderen Schenkungen dagegen sollte er nur dann, wenn er „das Recht des Dritten gekannt und dem Erwerber verschwiegen" hatte, zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens verpflichtet sein.

Diese innerlich nicht gerechtfertigte Unterscheidung wurde in der 2. Lesung des Entw. aufgegeben, und es wurde dafür (in II § 470) die Unterscheidung zwischen der Zuwendung eigener und dem Versprechen der Schenkung demnächst erst vom Schenker zu erwerbender (speciell oder nur der Gattung nach bestimmter) Gegenstände aufgestellt. Bei Schenkungen eigener Gegenstände soll der Schenker nur für arglistiges Verschweigen der Rechtsmängel haften, da im Uebrigen als seine muthmaßliche Absicht anzunehmen ist, daß er die Sache nur so, wie er selbst sie habe, übertragen will. — Betreffs des Falles dagegen, wenn der Schenker den versprochenen Gegenstand erst erwerben soll, wurde die Erwägung für maßgebend erachtet, daß der Erwerb im Interesse des Beschenkten erfolgen soll, der Erwerber (Schenker) hierbei also nicht ganz sorglos zu Werke gehen dürfe. (Reatz I S. 251.) Er ist deshalb zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Versprechens für verpflichtet erklärt, wenn er vorsätzlich (wissentlich) oder aus grober Fahrlässigkeit (vgl. § 521) das Erwerbsgeschäft mit einem Nicht-Berechtigten abschloß und demzufolge dem Beschenkten das ihm

zugedachte Recht nicht oder nicht vollständig verschafft. — Im Falle arglistigen Verschweigens des Rechtsmangels bei der Schenkung einer in seinem eigenen Vermögen befindlichen Sache hat dagegen der Schenker nur das sogenannte negative Interesse (vgl. Bemrk. 2 zu § 307) zu ersetzen, d. h. nur den Schaden zu erstatten, der dem Beschenkten dadurch entsteht, daß er auf den unanfechtbaren Erwerb der Zuwendung gerechnet hat. (Vgl. Reatz I S. 250.) Zur Verschaffung des schenkungsweise zugedachten Rechts ist also der Schenker in diesem Falle nicht verpflichtet.

2. In den Fällen des § 523 Abs. 1 ist nicht überhaupt ein Verschweigen, wie im I. Entw. § 443, sondern, wie in §§ 460, 463, 478, ein arglistiges Verschweigen vorausgesetzt, um es außer Zweifel zu stellen, daß die Haftung des Schenkers dann nicht eintritt, wenn er den Mangel als dem Beschenkten bekannt voraussetzte und ihm deshalb nicht mitgetheilt hat[1]. (Greiff, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, Gruchot, Beiträge Bd. 38 S. 350.) Vgl. Bemrk. zu § 463.

3. Der Auslegung hat die Kom. für den II. Entw. und sonach das Gesetz die Entscheidung der Frage überlassen, ob der Schenker bei einer Schenkung von Gegenständen seines Vermögens wegen grober Fahrlässigkeit zu haften hat, wenn das Schenkungsversprechen eine von vornherein unmögliche Leistung betrifft. (Vgl. Reatz I S. 250, Greiff a. a. O. S. 350.) — Nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 307, 521 ist diese Frage wohl zu bejahen.

§ 524. Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

1. Die Gewährleistungspflicht des Schenkers wegen Mängel des geschenkten Gegenstandes ist keine allgemeine, sondern auf die im § 524 gedachten Fälle beschränkt. Die Haftung im Falle des § 524 Abs. 1 erstreckt sich wie im Falle des § 523 Abs. 1 (vgl. Bemrk. 1 dazu) nur auf den Ersatz des sogen. negativen Vertrags-Interesses.

Das Wort „arglistig“ ist im § 524 ebenso wie in § 523 erst in der 2. Lesung des Entw. eingeschoben worden. Vgl. Bemrk. zu § 443 und Bemrk. 3 zu § 463[1].

2. Der I. Entw. § 444 Abs. 2 wollte den Beschenkten — abgesehen vom Ersatzanspruche wegen verschwiegener Mängel — nur im Falle des schenkungsweisen Versprechens einer nur der Gattung nach bestimmten Sache beim Mangel einer zugesicherten Eigen-

---

[1]) Nicht zutreffend ist also in ihrer Allgemeinheit die Bemerkung von Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B., S. 28: „Arglistig verschwiegen sind aber diese Mängel, wenn der Schenker sie kannte und gleichwohl dem Beschenkten nicht nannte“.

schaft das Recht gewähren, „an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie zu fordern". — Die Kommission für den II. Entw. hielt es dagegen für richtiger, die Frage, welche Bedeutung der vom Schenker ertheilten Zusicherung einer Eigenschaft beizumessen sei, der Auslegung des einzelnen Falles zu überlassen. Im Allgemeinen wird hierbei der Grundsatz des § 521 für maßgebend zu erachten sein. — „Selbstverständlich ist es, daß der Schenker in allen Fällen dann, wenn er sich dem Beschenkten zur Gewährleistung besonders verpflichtet hat, demselben nach Maßgabe der übernommenen Verpflichtung verhaftet wird" (Mot. II S. 297).

Statt des § 444 Abs. 2 des I. Entw. ist die Vorschrift des § 524 Abs. 2 (II § 471 Abs. 2) aufgenommen worden.

§ 525. Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat.

Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.

1. Nach Preuß. Recht A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1053 sind „Schenkungen, welche unter einer von dem Geschenknehmer zu leistenden Bedingung oder zu einem gewissen, von ihm zu erfüllenden Endzweck versprochen oder gegeben worden sind", „im zweifelhaften Falle den lästigen Verträgen gleich zu achten".

Das Französ. Recht (code civil) enthält keine besonderen Bestimmungen über eine Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo).

Die in § 525 Abs. 1 dem Beschenkten gewährte Befugniß, auf Erfüllung der Auflage zu klagen, entspricht dem gem. Recht und dem Sächs. B. G. B. § 1066. Im Preuß. Recht ist es streitig, ob der Schenker auf Erfüllung der Auflage klagen kann[1]), oder ob er bei ausbleibender Erfüllung der Auflage auf die Zurückforderung des Geschenkten beschränkt ist.

2. Der I. Entw. § 448 erklärte ausdrücklich die Vorschriften über die Verträge zu Gunsten Dritter (§§ 328 ff.) für anwendbar, wenn die Auflage zu Gunsten eines Dritten gereicht. Im II. Entw. § 472 ist dieser Satz als nach § 330 Satz 2 überflüssig fortgelassen.

3. Die Vorschrift des § 525 Abs. 2 ist im II. Entw. § 472 Abs. 2 hinzugefügt worden auf Grund der Erwägung, daß der Erbe des Schenkers häufig kein Interesse an der Vollziehung der Auflage habe und daher geneigt sein werde, sich vom Beschenkten für den Verzicht auf die Erfüllung der Auflage abfinden zu lassen (Greiff a. a. O. S. 452). Die Vorschrift entspricht der für die Vollziehung von Auflagen bei letztwilligen Verfügungen in § 2194 getroffenen Bestimmung.

§ 526. Soweit in Folge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Werth der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendung nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntniß des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie in Folge des Mangels den Werth der Zuwendung übersteigen.

---

[1]) Erk. des Ob. Trib. vom 10. Mai 1845, Entsch. Bd. 12 S. 150.

Der Beschenkte soll in Folge davon, daß die geschenkte Sache ihm entwehrt (evincirt) wird oder fehlerhaft ist, keinen Verlust erleiden, wenn er die Auflage ohne Kenntniß des Mangels vollzogen hat. Die Befugniß, die Vollziehung der Auflage bis zur Deckung des in Folge des Mangels zu den erforderlichen Aufwendungen fehlenden Betrages zu verweigern, ist ihm im II. Entw. § 473 gewährt worden.

§ 527. Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

Die Vorschrift des § 527 ist erst in den II. Entw. § 474 aufgenommen worden. Es kommen hierbei die Bestimmungen der §§ 323—326, 283 zur entsprechenden Anwendung.

Durch eine vom Beschenkten nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage wird derselbe hiernach von der Belastung frei; der Schenker kann also in diesem Falle nicht Herausgabe des Geschenkes verlangen, soweit es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (§ 323). Ein solches (beschränktes) Rückforderungsrecht steht ihm aber zu, wenn die Erfüllung der Auflage durch einen vom Beschenkten zu vertretenden Umstand unmöglich wird (§ 325), oder wenn der Beschenkte die Auflage nach erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung oder im Falle des Verzuges nicht innerhalb der ihm dazu vom Schenker gesetzten Frist erfüllt (vgl. §§ 283, 325, 326). — Vgl. auch § 324.

Durch dieses Rückforderungsrecht im Falle des Verzuges ist dem Schenker ein namentlich bei einer auf eine nicht vermögenswerthe Leistung gerichteten Auflage praktisch bedeutsames Mittel gewährt, den Beschenkten zur Vollziehung der Auflage anzuhalten. (Greiff a. a. O. S. 453.)

Erfordert die Erfüllung keine vermögensrechtliche Aufwendung, so steht dem Schenker nur die Erfüllungsklage zu (§ 525), zurückfordern kann er das Geschenk auch in diesem Falle nicht.

Ein Recht, die ganze Schenkung zu widerrufen, bezw. zurückzufordern, ist dem Schenker in den Fällen des § 527 nicht eingeräumt.

§ 528. Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltungspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abwenden. Auf die Verpflichtung des Beschenkten finden die Vorschriften des § 760 sowie die für die Unterhaltungspflicht der Verwandten geltende Vorschrift des § 1611 und im Falle des Todes des Schenkers auch die Vorschriften des § 1613 entsprechende Anwendung.

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.

1. Im Anschluß an die Vorschrift des Röm. Rechts über den dem Schenker auf seine Einrede gegenüber dem Anspruche des Beklagten zu belassenden Unterhalt (Competenz, s. Bemrk. zu § 519) wurde nach einer älteren gemeinrechtlichen Auffassung dem in Dürftigkeit gerathenen Schenker auch ein Klagerecht gegen den Beschenkten auf Gewährung von Unterhalt aus der Zuwendung eingeräumt. Hieran anknüpfend bestimmt das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 1123 ff., daß der in Dürftigkeit gerathene Schenker 6 % von der geschenkten Summe oder von dem Werthe der geschenkten Sache „als eine Competenz" vom Beschenkten jährlich fordern kann, soweit letzterer hierzu, ohne sich und seiner Familie den nöthigen Unterhalt zu entziehen, im Stande ist; der Beschenkte kann aber auch das Geschenk, soweit dasselbe oder dessen Werth bei ihm noch vorhanden ist, dem Schenker herausgeben, damit dieser seinen Unterhalt daraus entnehme; dem Beschenkten bleibt dann jedoch sein Recht auf einen etwaigen Ueberrest vorbehalten.

Die dem Grundgedanken des Preuß. Rechts entsprechenden, die sittliche Pflicht des Beschenkten rechtlich festsetzenden Bestimmungen des § 528 sind erst von der R. T. Kommission (s. Bericht S. 41) beschlossen worden, und zwar auf den (etwas anders redigirten) Antrag des Abgeordn. Gröber (Württemberg) [1]).

2. Die Vorschrift des § 518 Abs. 2 entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1128.

3. Der Unterhalt ist dem Schenker in den Fällen des § 528, wenn der Beschenkte das Geschenk behalten will, in Form einer gemäß § 760 für 3 Monate vorauszuzahlenden Geldrente zu gewähren, und zwar für die Zeit seit der Rechtshängigkeit des Anspruchs oder seit dem Verzuge des Beschenkten (§ 1613) und für die Zeit bis zum Tode des Schenkers oder des Beschenkten (§ 1615).

§ 529. Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat oder wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind.

Das Gleiche gilt, soweit der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird.

Die Vorschrift des § 529 ist im Anschluß an § 528 von der R. T. Kommission (Bericht S. 41) beschlossen worden.

§ 530. Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig macht.

Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getödtet oder am Widerrufe gehindert hat.

1. Nach gem. Recht, nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1140 und nach Französ. Recht (code civil art. 960 f.) können Schenkungen wegen nachgeborener Kinder widerrufen

---

[1]) Drucks. des Reichstags, Abänderungsantrag Nr. 36 zu dem Entw. des B. G. B.

werden, d. h. wenn dem kinderlosen Schenker späterhin Kinder geboren werden. Das B. G. B. hat diesen Widerrufsgrund nicht aufgenommen, ebenso auch nicht den im Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1091 ff. statuirten Widerrufsgrund wegen Uebermaßes, (wenn das Geschenk die Hälfte des Vermögens des Schenkers übersteigt).

Das Recht Pflichttheilsberechtigter, Schenkungen des Erblassers wegen Verletzung ihres Pflichttheils anzufechten, bezw. vom Beschenkten Ergänzung des Pflichttheils zu verlangen, (vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1113 ff.) ist im B. G. B. (§§ 2325, 2329) anerkannt.

2. Wegen Undanks wollte der I. Entw. 449 im Anschluß an das bisherige Recht (vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1151 ff., code civil art. 953 ff., Sächs. B. G. B. §§ 1059 ff.) den Widerruf von Schenkungen nur aus bestimmten Gründen gestatten, nämlich: „wenn der Beschenkte dem Leben des Schenkers nachgestellt, oder demselben die Freiheit zu entziehen gesucht, oder sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung oder schweren Beleidigung desselben schuldig gemacht, oder wenn er ihm einen bedeutenden Vermögensverlust vorsätzlich zugefügt hat".

Die Kommission für die 2. Lesung des Entw. erachtete es dagegen für erforderlich, dem freien richterlichen Ermessen weitern Spielraum zu lassen; es gehe z. B., wurde ausgeführt, unter Umständen zu weit, in jeder körperlichen Mißhandlung einen groben Undank zu erblicken, andererseits sei auch in anderen vom I. Entw. nicht erwähnten Fällen, z. B. im Fall widerrechtlicher Herbeiführung der Entmündigung, der Widerruf zuzulassen (Reatz I S. 252 f.).

3. Die Ausdehnung des Widerrufsrechts auf den Fall schwerer Verfehlungen gegen „nahe Angehörige" des Schenkers ist in der 2. Lesung des Entw. beschlossen worden. Ob in einer solchen Verfehlung ein grober Undank gegen den Schenker selbst zu finden ist, das zu entscheiden ist dem Richter überlassen unter Würdigung der konkreten zwischen dem Schenker und dem verletzten Angehörigen bestehenden Beziehungen (Reatz I S. 253).

§ 531. Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten. Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

§ 532. Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat oder wenn seit dem Zeitpunkt, in welchem der Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntniß erlangt hat, ein Jahr verstrichen ist. Nach dem Tode des Beschenkten ist der Widerruf nicht mehr zulässig.

1. Der Ausschluß des Widerrufs durch Verzeihung entspricht dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 1162, Sächs. B. G. B. § 1063).

2. Die Festsetzung einer einjährigen Präklusivfrist für den Widerruf entspricht dem Franz. Recht (code civil art. 957), während dafür im Sächs. B. G. B. eine einjährige Verjährungsfrist bestimmt ist. Im gem. und Preuß. Recht ist für den Widerruf keine Frist gesetzt.

3. „Das durch den erfolgten Widerruf einmal begründete Rückforderungsrecht unterliegt der gewöhnlichen Verjährung" (Mot. II S. 304).

§ 533. Auf das Widerrufsrecht kann erst verzichtet werden, wenn der Undank dem Widerrufsberechtigten bekannt geworden ist.

Von den Erben des Schenkers kann — abgesehen von § 530 Abs. 2 — der Widerruf auch dann nicht ausgeübt werden, wenn dem Schenker der Widerrufsgrund überhaupt nicht bekannt geworden ist.

§ 534. Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerrufe.

Die Bestimmung ist hinsichtlich des Ausschlusses des Widerrufs von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. beschlossen worden; auf das Rückforderungsrecht ist die Vorschrift von der R. T. Kommission (s. Bericht S. 41) mit Rücksicht auf § 528 ausgedehnt worden.

Dritter Titel.

Miethe. Pacht.

I. Miethe.

§ 535. Durch den Miethvertrag wird der Vermiether verpflichtet, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der Miethzeit zu gewähren. Der Miether ist verpflichtet, dem Vermiether den vereinbarten Miethzins zu entrichten.

1. Zu § 535 ist der charakteristische Inhalt des Miethvertrages bestimmt. Gegenstand des Miethvertrages können danach nur Sachen (d. h. körperliche Gegenstände, § 90), nicht auch Rechte sein. Nach gem. Recht sowie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 258, 259 und nach Sächs. B. G. B. §§ 1187, 1188 können dagegen auch Rechte den Gegenstand eines Miethvertrags bilden. Maßgebend war für die Bestimmung des B. G. B. die Erwägung, „daß das Gesetz sich einfacher gestaltet, wenn nur eine Sachmiethe, nicht auch eine Rechtsmiethe anerkannt und der den Gebrauch eines Rechtes gewährende Vertrag als Pachtvertrag behandelt wird" (Mot. II S. 369).

Im Röm. Recht ist Miethe und Pacht unter einem Ausdruck (locotio conductio rei) zusammengefaßt.

2. Wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 258, 259 und nach dem Sächs. B. G. B. § 1187 betrifft auch im B. G. B. der Miethvertrag nur die Gewährung des Gebrauchs der vermietheten Sache, während dagegen der Pachtvertrag (§ 581) auf die Gewährung des Gebrauchs und des Fruchtgenusses des verpachteten Gegenstandes (Sachen oder Rechte) sich bezieht.

3. Die Verpflichtung des Vermiethers zur Gewährung des Gebrauchs der vermietheten Sache erstreckt sich auf die ganze Miethzeit; sie erneuert sich fort und fort „während der Miethzeit".

4. Die vereinbarte Gegenleistung des Miethers (der „Miethzins") kann nach dem B. G. B. nicht nur „in Gelde oder in anderen vertretbaren Sachen" bestehen, wie nach Sächs. B. G. B. § 1190, sondern in Leistungen jeder Art. Damit ist allerdings die Abgrenzung der Miethverträge gegen verwandte Verträge unsicher geworden. Unentschieden gelassen ist die Frage, „nach welchen Rechtsnormen im einzelnen Falle der Vertrag zu beurtheilen ist, durch welchen für den Gebrauch einer Sache eine solche Gegenleistung übernommen ist, deren eigentliche Uebernahme — für sich betrachtet — ein anderes Geschäft darstellt" (Mot. II S. 372). Ebenso ist es auch dahingestellt gelassen, „ob nicht bei einem solchen Vertrage sowohl die für den Miethvertrag als auch die für das andere Geschäft, z. B.

Werkvertrag, geltenden Rechtsnormen neben einander anwendbar werden" (Mot. a. a. O.). Die Frage ist wohl zu bejahen[1]), wenn es sich z. B. um Dienstmiethe gegen Ueberlassung einer Wohnung handelt.

5. Die Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether die gemiethete Sache zu übergeben (vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 272), ist im B. G. B. nicht ausdrücklich erwähnt; es erschien dies einerseits überflüssig, andererseits auch insofern bedenklich, als in gewissen Fällen, z. B. bei Gestattung der Benutzung eines Klaviers ohne Veränderung seines Standortes, ein Uebergeben in Wirklichkeit nicht stattfindet (Mot. II S. 370).

§ 536. Der Vermiether hat die vermiethete Sache dem Miether in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Miethzeit in diesem Zustande zu erhalten.

Die Bestimmung des § 536 entspricht dem bisher. Recht (Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 272, 274, 291, Sächs. B. G. B. §§ 1195, 1199, code civil art. 1719, 1720).

Eine Abänderung der Grundsätze über die Tragung der Gefahr (§ 323) ist durch § 536 nicht beabsichtigt. Die Verpflichtung des Vermiethers zur Erhaltung der vermietheten Sache umfaßt nicht die Verpflichtung zur Wiederherstellung der durch Zufall ganz oder theilweise untergegangenen Sache. Unter welchen Umständen Wiederherstellungen zur Erhaltung der Sache gehören, das läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden; in der Regel wird dies dann anzunehmen sein, wenn die Wiederherstellung unter Wahrung der Identität der Sache sich bewirken läßt (Reatz I S. 254).

§ 537. Ist die vermiethete Sache zur Zeit der Ueberlassung an den Miether mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert, oder entsteht im Laufe der Miethe ein solcher Fehler, so ist der Miether für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Miethzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Theiles des Miethzinses verpflichtet.

Das Gleiche gilt, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Bei der Vermiethung eines Grundstücks steht die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich.

§ 538. Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später in Folge eines Umstandes, den der Vermiether zu vertreten hat, oder kommt der Vermiether mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Miether, statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Im Falle des Verzugs des Vermiethers kann der Miether den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

1. a) Der Vermiether hat dem Miether Gewähr zu leisten für den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethsobjekts, nicht, — wie beim Kauf, § 459 — für die Taug-

[1]) Derselben Ansicht ist Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. S. 35.

lichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch (§ 537 Abs. 1), da der Regel nach „die Sache dem Miether nur zu einem bestimmten, aus dem Vertrage ersichtlichen Gebrauche überlassen wird" (Mot. II S. 373). Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 272, 273, 383, Sächs. B. G. B. § 1196.

b) Der Vermiether haftet ferner auch für den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft (§ 537 Abs. 2), und zwar allgemein, auch wenn dadurch der vertragsmäßige Gebrauch nicht beeinträchtigt wird (Mot. II S. 374).

c) Bei der Gewährleistungspflicht ist — abgesehen vom Rücktritts- (Kündigungs-) Recht des Miethers, § 542 Abs. 2 — zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln nicht unterschieden.

2. a) Im Anschluß an das bisher. Recht (Preuß. A. L. R. a. a. O. § 384, Sächs. B. G. B. § 1198) gewährt das B. G. B. dem Miether — außer dem Anspruch auf Vertragserfüllung und außer dem Rücktrittsrecht, § 542 — wegen Gewährleistungsmängel das Recht auf Befreiung von der Entrichtung des Miethzinses oder auf Verminderung desselben (§ 537). Ferner hat der Miether

b) einen Schadensersatz-Anspruch wegen Nichterfüllung (§ 538) und zwar:

1. wie beim Kauf, § 463 — ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vermiethers, wenn beim Abschluß des Vertrages ein überhaupt zu vertretender Mangel vorhanden ist, wenn auch nicht gerade eine zugesicherte Eigenschaft fehlt; denn das Gesetz geht, wie das Französ. Recht (code civil art. 1721), von der Auffassung aus, daß der Vermiether auch den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache nicht nur versprochen, sondern zugleich stillschweigend garantirt habe (Mot. II S. 376 f.).

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 § 273, Tit. 5 § 360 und nach Sächs. B. G. B. § 1198 hat dagegen der Vermiether nur bei obwaltendem eigenem Verschulden für die beim Vertragsabschluß vorhandenen Mängel Schadensersatz zu leisten. Im gem. Recht ist die Frage streitig.

2. Das vom Gesetz unterstellte Garantieversprechen bezieht sich aber nicht auf die nach dem Vertragsabschluß eintretenden Mängel; für diese Mängel haftet daher der Vermiether nur dann, wenn ihn eine Schuld trifft, bezw. der Mangel in Folge eines von ihm überhaupt zu vertretenden Umstandes eintritt, vgl. §§ 276 ff., 280, 256, 257; dies gilt insbesondere auch bei verzögerter Beseitigung des Mangels (§ 538 Abs. 1).

Den Schadensersatzanspruch muß sich aber der Miether nach § 545 durch unverzügliche Anzeige des Mangels wahren.

§ 539. Kennt der Miether bei dem Abschluß des Vertrags den Mangel der gemietheten Sache, so stehen ihm die in den §§ 537, 538 bestimmten Rechte nicht zu. Ist dem Miether ein Mangel der im § 537 Abs. 1 bezeichneten Art in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben oder nimmt er eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so kann er diese Rechte nur unter den Voraussetzungen geltend machen, unter welchen dem Käufer einer mangelhaften Sache nach den §§ 460, 464 Gewähr zu leisten ist.

In analoger Anwendung der beim Kauf (§§ 460, 464) geltenden Grundsätze ist nach dem B. G. B. (§ 539) die Gewährleistungspflicht des Vermiethers bei Kenntniß oder verschuldeter Unkenntniß des Mangels auf Seiten des Miethers ausgeschlossen, ebenso auch bei vorbehaltloser Uebernahme der mangelhaften Sache.

Auch nach der im Preuß. Recht herrschenden Ansicht (vgl. Urth. des R. G. vom 6. December 1881, Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 905 ff.) wird der Vermiether nicht zur Gewährleistung für verpflichtet erachtet, wenn die vermiethete Sache mit einem in die Augen

fallenden Fehler behaftet war und der Miether sie ohne ausdrückliche Rüge des Fehlers übernommen hat. (Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 330.)

§ 540. Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Vermiethers zur Vertretung von Mängeln der vermietheten Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Vermiether den Mangel arglistig verschweigt.

Die Vorschrift des § 540 ist in den II. Entw. (§ 485) aufgenommen worden. (Vgl. § 443.)

§ 541. Wird durch das Recht eines Dritten dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der gemietheten Sache ganz oder zum Theil entzogen, so finden die Vorschriften der §§ 537, 538, des § 539 Satz 1 und des § 540 entsprechende Anwendung.

1. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist, wie der I. Entw. § 508 ausdrücklich bestimmte, nicht — wie in den Fällen des § 539 Satz 2 — dadurch ausgeschlossen, daß dem Miether in Folge grober Fahrlässigkeit das Recht des Dritten beim Vertragsabschluß unbekannt geblieben war. Auch die vorbehaltlose Annahme der Sache in Kenntniß des Rechts des Dritten gilt nicht ohne weiteres als Verzicht auf die dadurch begründeten Gewährleistungsansprüche.

2. War der Vermiether (oder Verpächter) über die Sache nur auf eine bestimmte Zeit zu verfügen berechtigt, so kann nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 388 f. der Nachfolger den Vertrag mit der gesetzlichen Frist kündigen; der Miether (oder Pächter) kann aber in diesem Falle vom Vermiether (oder Verpächter) Schadensersatz nur dann fordern, „wenn ihm die Eigenschaft des bloß zeitigen Rechts verheimlicht oder Schadloshaltung ausdrücklich versprochen worden" (§ 390 a. a. O.). In Uebereinstimmung hiermit gewährt das Sächs. B. G. B. § 1223 im erwähnten Falle dem Miether oder Pächter nur dann einen Schadensersatzanspruch, „wenn er den Zeitpunkt der Erlöschung des Rechts des Verpächters oder Vermiethers bei Abschluß des Pacht- oder Miethvertrages nicht kannte".

Das B. G. B. enthält für einen solchen Fall keine besondere Vorschrift; die allgemeine Bestimmung des § 541 kommt auch hier zur Anwendung. Vgl. Mot. II S. 380.

§ 542. Wird dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der gemietheten Sache ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen, so kann der Miether ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen. Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermiether eine ihm von dem Miether bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhülfe zu schaffen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrags in Folge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Miether kein Interesse hat.

Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Miethers gerechtfertigt wird.

Bestreitet der Vermiether die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung, weil er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhülfe bewirkt habe, so trifft ihn die Beweislast.

Nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 323 Abs. 1 f.) würde dem Miether in den Fällen des § 542 ein Rücktrittsrecht nur in beschränkter Weise zustehen und namentlich dann ausgeschlossen sein, wenn die Gewährung des Gebrauchs der Sache durch einen nachträglich ohne Verschulden des Vermiethers eingetretenen Umstand theilweise unmöglich geworden ist. Ein so beschränktes Rücktrittsrecht erschien aber im Hinblicke auf die Zwecke der Miethe für das praktische Bedürfniß nicht genügend (Mot. II S. 419).

Ob die dem Vermiether vom Miether zur Abhülfe bestimmte Frist angemessen war, das ist im Falle des Streites vom Richter im betr. Processe zu entscheiden.

§ 543. Auf das dem Miether nach § 542 zustehende Kündigungsrecht finden die Vorschriften der § 539 bis 541 sowie die für die Wandelung bei dem Kaufe geltenden Vorschriften der §§ 469 bis 471 entsprechende Anwendung.

Ist der Miethzins für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet, so hat ihn der Vermiether nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Eine Frist ist für die Ausübung der im § 543 gedachten Rechte nicht bestimmt.

§ 544. Ist eine Wohnung oder ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum so beschaffen, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, so kann der Miether das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, auch wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat.

Die Vorschrift des § 544 ist in den II. Entw. (§ 488) aufgenommen worden. Sie rechtfertigt sich aus sozialpolitischen Gründen namentlich zum Schutze der wirthschaftlich Schwachen. Die Worte: „oder ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum" sind von der R. T. Kommission (Bericht S. 41) hinzugefügt worden. Die Vorschrift bezieht sich hiernach also auch auf Comptoirs, Läden, vermiethete Werkstätten ꝛc.

§ 545. Zeigt sich im Laufe der Miethe ein Mangel der gemietheten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Miether dem Vermiether unverzüglich Anzeige zu machen. Das Gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt.

Unterläßt der Miether die Anzeige, so ist er zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet; er ist, soweit der Vermiether in Folge der Unterlassung der Anzeige Abhülfe zu schaffen außer Stande war, nicht berechtigt, die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen oder nach § 542 Abs. 1 Satz 3 ohne Bestimmung einer Frist zu kündigen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Die in § 545 statuirte Anzeigepflicht des Miethers, die auch das Sächs. B. G. B. § 1206 ausdrücklich festsetzt, ergiebt sich aus der dem Miether im Interesse des Vermiethers

obliegenden Obhut bezüglich der gemietheten Sache. — Im I. Entw. § 519 war der Miether nur zum Ersatze des durch die Unterlassung der Anzeige entstandenen Schadens für verpflichtet erklärt.

§ 546. Die auf der vermietheten Sache ruhenden Lasten hat der Vermiether zu tragen.

Die Vorschrift ergiebt sich aus der Natur der Sache und entspricht dem bisher. Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 § 288, Sächs. B. G. B. § 1202.)

§ 547. Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die auf die Sache gemachten nothwendigen Verwendungen zu ersetzen. Der Miether eines Thieres hat jedoch die Fütterungskosten zu tragen.

Die Verpflichtung des Vermiethers zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Miether ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 22 § 287 und das Sächs. B. G. B. § 1201 gewähren dem Miether einen Ersatzanspruch auch wegen nothwendiger Verwendungen nur nach Maßgabe der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag; dies gilt nach dem Sächs. B. G. B. (a. a. O.) auch wegen sonstiger Verwendungen. Den Anspruch auf Ersatz solcher (nicht nothwendiger) Verwendungen (Verbesserungen) macht das Preuß. A. L. R. §§ 280 ff., 124 ff. a. a. O. von „ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung" des Vermiethers Behufs Abschneidung von Streitigkeiten abhängig.

Das B. G. B. gewährt dagegen dem Miether ohne weitere Voraussetzung einen Anspruch auf Ersatz der nothwendigen Verwendungen, und zwar auf Grund der Erwägung, daß der Miether, „solange die Sache in seinem Gewahrsam sich befindet, kraft des Miethvertrages verpflichtet" ist, „Sorgfalt auf dieselbe zu verwenden und sie vor Schaden zu hüten" (Mot. II S. 393). — Bezüglich sonstiger Verwendungen gilt er als Geschäftsführer ohne Auftrag.

§ 548. Veränderungen oder Verschlechterungen der gemietheten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Miether nicht zu vertreten.

Die aus der Natur des Miethvertrages sich ergebende Vorschrift des § 548 entspricht dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 12—14.

§ 549. Der Miether ist ohne Erlaubniß des Vermiethers nicht berechtigt, den Gebrauch der gemietheten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter zu vermiethen. Verweigert der Vermiether die Erlaubniß, so kann der Miether das Miethverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt.

Ueberläßt der Miether den Gebrauch einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermiether die Erlaubniß zur Ueberlassung ertheilt hat.

1. Abweichend vom gem. Recht, vom Sächs. B. G. B. § 1194 sowie vom Franz. Recht (code civil art. 1717) und vom I. Entw. § 516 hat das B. G. B. ebenso wie das Preuß.

A. L. R. (a. a. O. §§ 309 ff.) eine Berechtigung des Miethers, den Gebrauch der gemietheten Sache ohne Erlaubniß des Vermiethers einem Dritten zu überlassen, der Regel nach nicht anerkannt, und zwar auf Grund der Erwägung, daß für den Abschluß und die Bedingungen des Miethvertrages gewöhnlich die Person des Miethers, sein Beruf, seine Lebensweise ꝛc. von entscheidender Bedeutung ist, das Miethverhältniß also in dieser Hinsicht auf einem gegenseitigen Vertrauen der Vertragschließenden beruht. Reatz I S. 261, Denkschr. S. 70.

2. Gemildert ist aber der Grundsatz des § 549 durch die Bestimmung, daß dem Miether, falls der Vermiether seine Einwilligung in die Ueberlassung des Gebrauchs der Sache an einen Dritten, insbesondere die Erlaubniß zur Untermiethe ohne erheblichen Grund verweigert, ein Kündigungsrecht eingeräumt ist. Ob ein dies Recht des Miethers ausschließender wichtiger Grund und zwar „in der Person des Dritten" vorliegt, das ist vom Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden. Es kommt also hierbei nicht in Betracht, ob der Miether im Stande ist oder durch eine Veränderung in seinen persönlichen Verhältnissen außer Stand gesetzt ist, selbst die gemiethete Sache weiter zu gebrauchen.

§ 550. Macht der Miether von der gemietheten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermiethers fort, so kann der Vermiether auf Unterlassung klagen.

1. Die Vorschrift des § 550 ist in den II. Entw. (§ 494) aufgenommen worden. Sie entspricht der Befugniß des Eigenthümers, auf Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Eigenthums zu klagen, welche ohne Besitzentziehung erfolgen (§ 1004). Voraussetzung für die Klage nach § 550 ist hiernach nicht, daß durch den vertragswidrigen Gebrauch die ordnungsmäßige Rückgewähr der gemietheten Sache gefährdet wird (Reatz I S. 262).

2. Der Miether haftet gemäß § 549 Abs. 2 auch wegen vertragswidrigen Gebrauchs der gemietheten Sache Seitens des Untermiethers. — Vgl. auch § 553 bezüglich des Kündigungsrechts des Vermiethers wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Sache.

§ 551. Der Miethzins ist am Ende der Miethzeit zu entrichten. Ist der Miethzins nach Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Der Miethzins für ein Grundstück ist, sofern er nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahrs am ersten Werktage des folgenden Monats zu entrichten.

Bezüglich des Orts, wo der Miethzins zu entrichten ist, gilt die allgemeine Vorschrift des § 269. Danach ist Mangels besonderer oder aus den Umständen zu entnehmender Bestimmung die Miethe am Wohnorte des Schuldners, bezw. am Orte seiner gewerblichen Niederlassung zu leisten. Besteht aber der Miethzins in Geld, so ist dasselbe dem an einem andern Orte wohnenden Vermiether dorthin vom Miether gemäß § 270 zu übersenden.

Wohnen Vermiether und Miether an demselben Orte, aber in verschiedenen Häusern, bezw. Gegenden des Orts (Stadttheilen ꝛc.), so fragt es sich, was namentlich den Miethzins für Wohnungen betrifft, ob der Miether den Miethzins dem Vermiether in dessen Wohnung zu entrichten, bezw. dorthin zu senden hat oder ob er nur zur Entrichtung (bezw. Zahlung) im Miethshause verpflichtet ist. Im Anschluß an die in der Preuß Praxis herrschende Auffassung [1]) ist es wohl im erwähnten Falle als der Natur des Rechtsverhältnisses und der

[1]) Vgl. Erkenntn. des vorm. Ob. Trib. vom 17. Juni 1859, Entsch. Bd. 41 S. 31 ff., und vom 29. September 1872, Entsch. Bd. 70 S. 339, 345 f.

vermuthlichen Absicht der Parteien entsprechend zu erachten, daß namentlich in großen Städten der Miether nur im Miethshause den Miethzins zu entrichten verpflichtet ist.

§ 552. Der Miether wird von der Entrichtung des Miethzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird. Der Vermiether muß sich jedoch den Werth der ersparten Aufwendungen sowie derjenigen Vortheile anrechnen lassen, welche er aus einer anderweitigen Verwerthung des Gebrauchs erlangt. Solange der Vermiether in Folge der Ueberlassung des Gebrauchs an einen Dritten außer Stande ist, dem Miether den Gebrauch zu gewähren, ist der Miether zur Entrichtung des Miethzinses nicht verpflichtet.

Die Vorschrift des § 552 entspricht dem bisher. Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 § 299, Sächs. B. G. B. § 870).

§ 553. Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen, wenn der Miether oder derjenige, welchem der Miether den Gebrauch der gemietheten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermiethers einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermiethers in erheblichem Maße verletzt, insbesondere einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Miether obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet.

Die Bestimmung des § 553 entspricht im Wesentlichen dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 387, Sächs. B. G. B. § 1220, code civil art. 1729, 1735.

§ 554. Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen, wenn der Miether für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung des Miethzinses oder eines Theiles des Miethzinses im Verzug ist. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Miether den Vermiether befriedigt, bevor sie erfolgt.

Die Kündigung ist unwirksam, wenn sich der Miether von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt.

Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 298 berechtigt „der Rückstand zweier Termine" den Vermiether (und Verpächter), „dem anderen Theile den Contract noch vor Ablauf der bedungenen Zeit aufzukündigen", und zwar mit der gesetzlichen Kündigungsfrist. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 1220 „kann der Verpächter oder Vermiether von dem Vertrage abgehen, wenn der Pächter oder Miether den Zins in zwei hinter einander folgenden Terminen in Rückstand läßt und den Verpächter oder Vermiether nicht befriedigt, bevor dieser von dem Vertrage abgehen zu wollen erklärt". Nach Französ. Recht (code civil art. 1741) ist der Vermiether zum Rücktritt vom Vertrage überhaupt bei Nicht-Erfüllung der Verpflichtungen des Miethers, also auch schon beim Rückstande einer Miethzinsrate berechtigt. Es erschien aber für den Miether sehr gefährlich, wenn dem Miether schon beim Rückstande einer Miethzinsrate das Rücktrittsrecht gewährt werden sollte.

Die Vorschrift des § 554 Abs. 2 ist in den II. Entw. (§ 497) aufgenommen worden.

§ 555. Macht der Vermiether von dem ihm nach den §§ 553, 554 zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch, so hat er den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Miethzins nach Maßgabe des § 347 zurückzuerstatten.

§ 556. Der Miether ist verpflichtet, die gemiethete Sache nach der Beendigung des Miethverhältnisses zurückzugeben.

Dem Miether eines Grundstücks steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermiether ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu.

Hat der Miether den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermiether die Sache nach der Beendigung des Miethverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern.

1. Dem Miether eines Grundstücks ist das Zurückbehaltungsrecht, das ihm sonst nach § 273 zustehen würde, nach dem II. Entw. § 498 Abs. 2 — wie nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 398 — versagt worden, ferner auch, — abweichend vom Preuß. Recht (a. a. O.) — dem Pächter eines Grundstücks (vgl. §§ 581 Abs. 2, 591). Es wurde dabei erwogen, die dem Miether durch die Zurückbehaltung gewährte Sicherheit würde in der Regel nicht im Verhältniß zum Betrage seiner Ansprüche stehen, auch könne das Zurückbehaltungsrecht leicht chicanös dazu mißbraucht werden, den Vermiether oder Verpächter zur Befriedigung ungerechtfertigter Ansprüche zu nöthigen, und bei Grundstücks-Pachtungen könne die Zurückbehaltung die rechtzeitige Bestellung der Felder verhindern. Vgl. Reatz I S. 261, v. Jecklin, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 39 S. 99.

2. Das gegen den Miether ergangene Räumungs-Urtheil ist nicht auch gegen den Untermiether rechtswirksam und vollstreckbar. Ein hierauf gerichteter Antrag wurde in der Komm. für die 2. Lesung des Entw. abgelehnt (vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 99 f.). Gegen den Untermiether muß also der Vermiether eine besondere Klage auf Räumung der Wohnung ꝛc. anstellen.

§ 557. Giebt der Miether die gemiethete Sache nach der Beendigung des Miethverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermiether für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Miethzins verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

§ 558. Die Ersatzansprüche des Vermiethers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermietheten Sache sowie die Ansprüche des Miethers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten.

Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermiethers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem er die Sache zurückerhält, die Verjährung der Ansprüche des Miethers beginnt mit der Beendigung des Miethverhältnisses.

Mit der Verjährung des Anspruchs des Vermiethers auf Rückgabe der Sache verjähren auch die Ersatzansprüche des Vermiethers.

Die kurze Verjährung der Ansprüche des Miethers nach § 558 Abs. 1 ist aus Billigkeitsrücksichten im Interesse des Vermiethers im II. Entw. § 500 statuirt worden; demgemäß ist dann auch für die Ansprüche des Vermiethers dieselbe Frist bestimmt worden. Daß letztere Frist erst mit der Rückgewähr der vermietheten Sache beginnt, beruht auf der Erwägung,

daß erst dann dem Vermiether die Untersuchung der Sache ermöglicht wird. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 100.)

§ 559. Der Vermiether des Grundstücks hat für seine Forderungen aus dem Miethverhältniß ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers. Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Miethzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Miethjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden. Es erstreckt sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen.

1. Das im gem. und Preuß. Recht bestehende Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers ist nicht, wie es mehrfach beantragt war, völlig beseitigt worden, weil als Folge davon eine Vertheuerung der Miethwohnungen, insbesondere für die weniger bemittelten Bevölkerungskreise befürchtet wurde (Denkschr. S. 71 f.); das B. G. B. ist aber den Mißständen, zu denen dies Recht in seiner jetzigen Gestaltung vielfach geführt hat, nach dem Vorgange des Gesetzes, betr. die Abänderung des § 41 der Konk.=Ordn. vom 9. Mai 1894 durch die in § 559 erfolgte Begrenzung entgegengetreten. — Vgl. § 563.

2. Das Pfandrecht des Vermiethers ist ein gesetzliches (Denksch. S. 72) und war als solches im I. Entw. § 521 ausdrücklich bezeichnet, um der insbes. im gem. Recht vertretenen Auffassung zu begegnen, daß das Recht auf einer stillschweigenden Verpfändung beruhe (vgl. Mot. II S. 404). Auf dies gesetzliche Pfandrecht finden gemäß § 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung.

3. Das Pfandrecht des Vermiethers ist auf die dem Miether selbst (bezw. gütergemeinschaftlich) gehörenden Sachen beschränkt; es erstreckt sich also nicht, wie nach der Deklaration vom 21. Juli 1846 zum Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 § 395, auf die (dem Dispositionsrecht des Ehemanns unterliegenden) der Ehefrau des Miethers oder dessen Kindern gehörenden Sachen, indem kein zureichender Grund für vorliegend erachtet wurde, der Ehefrau und den Kindern durch Ausdehnung des Pfandrechts auf ihre Sachen eine unmittelbare Haftung für die Miethschuld des Ehemannes aufzuerlegen und so den Vermiether gegenüber anderen Gläubigern zu bevorzugen (Denkschr. S. 72).

4. Abweichend vom gem. und vom Franz. Recht [1]) (code civil art. 1753) hat das B. G. B. in Uebereinstimmung mit dem Preuß. Recht auch die Sachen des Untermiethers dem Pfandrecht des (Haupt=) Vermiethers nicht unterworfen, indem eine solche Haftung geeignet erschien, „ungerechtfertigte Härten und mißliche Verwickelungen hervorzurufen" (Mot. II S. 405).

§ 560. Das Pfandrecht des Vermiethers erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers erfolgt. Der Vermiether kann der Entfernung nicht widersprechen, wenn sie im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Miethers oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar ausreichen.

Die Vorschrift des § 560 entspricht im Wesentlichen der im gem. und Preuß. Recht

---

[1]) Nach dem code civil art. 2102 Nr. 1 hat der Vermiether an sich nur ein Vorzugsrecht (privilége), er kann aber die ohne seine Einwilligung vom Grundstücke entfernten Sachen binnen 40, bezw. 50 Tagen auch vom dritten Besitzer zurückfordern.

herrschenden Auffassung. — Daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers erfolgt ist, daß also das Pfandrecht durch die Fortschaffung der Sachen nicht erloschen ist, hat der Vermiether zu beweisen.

§ 561. Der Vermiether darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Miether auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen.

Sind die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers entfernt worden, so kann er die Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Miether ausgezogen ist, die Ueberlassung des Besitzes verlangen. Das Pfandrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats, nachdem der Vermiether von der Entfernung der Sachen Kenntniß erlangt hat, wenn nicht der Vermiether diesen Anspruch vorher gerichtlich geltend gemacht hat.

Die dem Vermiether in § 561 gegebene Befugniß umfaßt nicht auch das Recht, die bereits vom Grundstücke heimlich oder gegen seinen Widerspruch fortgeschafften Sachen eigenmächtig wieder in seinen Besitz zu bringen; in dieser Hinsicht finden vielmehr die allgemeinen Vorschriften über Selbsthülfe (§§ 229, 230) Anwendung. (Vgl. Mot. II S. 409.)

§ 562. Der Miether kann die Geltendmachung des Pfandrechts des Vermiethers durch Sicherheitsleistung abwenden; er kann jede einzelne Sache dadurch von dem Pfandrechte befreien, daß er in Höhe ihres Werthes Sicherheit leistet.

Bezüglich der Art der Sicherheitsleistung sind die allgemeinen Vorschriften (§§ 232 ff.) maßgebend.

§ 563. Wird eine dem Pfandrecht des Vermiethers unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet, so kann diesem gegenüber das Pfandrecht nicht wegen des Miethzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden.

Die Vorschrift entspricht dem § 41 Nr. 4 der Konk.-Ordnung.

§ 564. Das Miethverhältniß endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.

Ist die Miethzeit nicht bestimmt, so kann jeder Theil das Miethverhältniß nach den Vorschriften des § 565 kündigen.

1. Die Aufnahme der Bestimmung des § 564 Abs. 1 (I § 522) „bezweckt, keinen Zweifel darüber zu lassen, daß bei einer Miethe auf bestimmte Zeit eine Kündigung nicht nothwendig ist, um das Ende des Miethverhältnisses herbeizuführen" (Mot. II S. 410).

2. Unberührt geblieben sind nach Art. 93 des Einführ.-Gesetz. die landesgesetzlichen Vorschriften, über die Fristen, bis zu deren Ablaufe gemiethete Räume bei Beendigung des Miethverhältnisses zu räumen sind. Es bleibt also die Preuß. Verordnung (Gesetz) vom

30. Juni 1834 (§§ 2, 3) in Kraft, wonach durch Verordnung der Polizeibehörde „bei größeren Wohnungen" „die gesetzliche Räumungsfrist" verlängert werden kann.

3. In die C. P. O. soll (als § 231a) die Bestimmung aufgenommen werden, daß die Klage auf Räumung „auf Grund der mit der Klage verbundenen oder ihr vorausgegangenen Kündigung erhoben werden" kann[1]).

4. Nach Art. 171 des Einführ.-Ges. sind die Vorschriften des B. G. B. auch für die zur Zeit ihres Inkrafttretens (1. Januar 1900) bestehenden Mieth- und Pachtverhältnisse maßgebend, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B. G. B. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist. — Vgl. § 567.

§ 565. Bei Grundstücken ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig; sie hat spätestens am dritten Werktage des Vierteljahres zu erfolgen. Ist der Miethzins nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen. Ist der Miethzins nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Bei beweglichen Sachen hat die Kündigung spätestens am dritten Tage vor dem Tage zu erfolgen, an welchem das Miethverhältniß endigen soll.

Ist der Miethzins für ein Grundstück oder für eine bewegliche Sache nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 gelten auch für die Fälle, in denen das Miethverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann.

1. Die Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 1, 2 entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 341, 344, bezw. hinsichtlich der Kündigungsfrist bei monatsweise gemietheten Wohnungen der Preuß. Verord. vom 9. Januar 1812.

2. Nach dem I. Entw. § 522 sollte die Kündigung bei Grundstücken vor Beginn des Räumungs-Quartals, nach dem II. Entw. am ersten Tage des Quartals erfolgen. Die an das Preuß. Recht (a. a. O. § 344) sich anschließende Vorschrift, daß die Kündigung noch am dritten Werktage des Quartals erfolgen kann, beruht auf einem Beschlusse des Bundesraths. Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf die in Ermangelung einer contractlichen Festsetzung eintretende gesetzliche Frist. Ist vertragsmäßig eine z. B. vierteljährige oder halbjährige Kündigungsfrist bestimmt, so hat die Kündigung vor Beginn dieser Frist zu erfolgen.

Durch die Gestattung der Kündigung bis zum dritten Werktage des Vierteljahrs ist dem Vermiether Gelegenheit gegeben, dem Miether, wenn er die fällige Miethzinsrate nicht am Quartalsbeginn zahlt (vgl. § 551 Abs. 2), noch zum nächsten Termine zu kündigen.

3. „Ob in der verspäteten Kündigung eine rechtzeitige Kündigung für den nächsten

---

[1]) Auf den in der R. T. Kommission (Bericht S. 43) angenommenen Antrag des Abgeordn. Dr. v. Dziembowski-Pomian beschloß der Reichstag in einer Resolution, „den Herrn Reichskanzler zu ersuchen, bei der Novelle zur Civilproceßordnung eine Vorschrift in Erwägung zu nehmen, nach welcher in einem auf Räumung einer Wohnung lautenden Urtheil eine angemessene Frist zur Räumung gewährt werden muß".

Termin sich finden läßt, ist eine nur nach den Umständen des Falles zu entscheidende Frage" (Mot. II S. 413).

§ 566. Ein Miethvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedarf der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig.

Die an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 § 269 sich anschließende Formvorschrift des § 566 ist in den II. Entw. (§ 508) aufgenommen worden, insbesondere deshalb, um den Erwerber eines Grundstücks in die Lage zu setzen, sich über den Inhalt der bestehenden Miethverträge zu vergewissern. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 110.)

§ 567. Wird ein Miethvertrag für längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen, so kann nach dreißig Jahren jeder Theil das Miethverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung ist unzulässig, wenn der Vertrag für die Lebenszeit des Vermiethers oder des Miethers geschlossen ist.

1. Die Vorschrift des § 567 (I § 523, II § 508) „ist aus volkswirthschaftlichen Gründen für erforderlich erachtet, um die Erbmiethe oder ein dieser ähnliches Verhältniß auszuschließen" (Mot. II S. 413).

2. Als absolute, zwingende Norm findet § 567 auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des B. G. B. bestehenden Miethverhältnisse Anwendung, und zwar wird die 30jährige Frist sofort von der Geltung des B. G. B. an zu berechnen sein, nicht erst (vgl. Art. 171 des Einf.-Ges.) von dem (ersten) Termin an, zu welchem nach den bisherigen Gesetzen die Kündigung erfolgen kann. Der bis zum Inkrafttreten des B. G. B. abgelaufene Miethzeitraum ist dagegen nicht zu berücksichtigen. Die Vorschrift des Art. 169 des Einf.-Ges. betreffs der Anrechnung des bis zum Inkrafttreten des B. G. B. abgelaufenen Theils von Verjährungsfristen, findet nur auf die Verjährung Anwendung, nicht aber z. B. auf Ausschlußfristen (Mot. z. Einf.-Ges. S. 254), und ist daher jene Vorschrift auch nicht auf die Bestimmung des § 567 analog zur Anwendung zu bringen. — Vgl. Bemrk. 4 zu § 564.

3. Die Vorschrift des § 567 ist als absolute, zwingende Norm auch auf solche Miethverhältnisse für anwendbar zu erachten, bei welchem dem einen oder beiden Theilen ein Kündigungsrecht nicht zusteht oder nur für gewisse fern liegende Eventualitäten eingeräumt ist. Es kommt z. B. häufig vor, daß Stadtgemeinden an staatliche Behörden für deren amtlichen Gebrauch Räume (z. B. im Rathhause 2c.) mit der Maßgabe vermiethen, daß dem Staate die Benutzung solange unkündbar zustehen soll, als die betr. Behörde am Orte bleibt. Für solche unkündbaren Miethverhältnisse bleiben — abgesehen von § 567 — die bisherigen Gesetze maßgebend, da eine Kündigung, wie sie Art. 171 des Einf.-Ges. vorsieht, hier nicht in Frage kommt.

§ 568. Wird nach dem Ablauf der Miethzeit der Gebrauch der Sache von dem Miether fortgesetzt, so gilt das Miethverhältniß als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermiether oder der Miether seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Theile gegenüber erklärt. Die Frist beginnt für den Miether mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermiether mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Fortsetzung Kenntniß erlangt.

1. Die Vorschrift über die stillschweigende Verlängerung des Miethverhältnisses beschränkt sich nicht, wie nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 324—328 und nach Franz. Recht (code civil art. 1739) — auf den Fall, wenn die Mieth- (oder Pacht-) Zeit im Vertrage bestimmt ist; die Vorschrift gilt vielmehr, wie nach Sächs. B. G. B. § 1218, auch wenn die Vertrags-Dauer unbestimmt war, insbesondere auch dann, wenn ein nicht auf bestimmte Zeit eingegangenes Miethverhältniß durch Kündigung beendet ist.

2. Das Preuß. Recht (a. a. O. §§ 325, 327) verlangt eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Vertragsverlängerung Seitens des Miethers, und betrachtet die Annahme eines ferneren Mieth- oder Pachtzinses als stillschweigende Einwilligung des Vermiethers oder Verpächters in die Vertragsverlängerung. — Das B. G. B. macht, um eine feste Entscheidungsnorm zu gewinnen, die Annahme einer stillschweigenden Vertragsverlängerung nach dem Vorgange des Sächs. B. G. B. § 1218 davon abhängig, daß kein Theil binnen einer bestimmten Frist widerspricht, und zwar binnen 14 Tagen, während im Sächs. B. G. B. (a. a. O.) eine Frist von 8 Tagen seit Ablauf der Miethzeit festgesetzt ist.

3. Liegt eine stillschweigende Vertragsverlängerung vor, so wird als Dauer der Verlängerung nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 328 f.) in der Regel ein Jahr angenommen, während nach dem B. G. B. alsdann — wie nach Französ. Recht (code civil art. 1738) und nach Sächs. B. G. B. § 1218 — der Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängert gilt, also nur durch Kündigung beendigt werden kann.

§ 569. Stirbt der Miether, so ist sowohl der Erbe als der Vermiether berechtigt, das Miethverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.

Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 371 sind die Erben des verstorbenen Miethers bei Einhaltung der Kündigungsfrist nur noch ein halbes Jahr lang seit Ablauf des Sterbe-Quartals an den Vertrag gebunden.

Die Wittwe des Miethers hat ein Kündigungsrecht an und für sich nicht, sondern nur als Erbin. Vgl. § 2038.

Der Tod des Vermiethers ist auf das Miethverhältniß ohne Einfluß, während nach Preuß. Recht (a. a. O. § 373) auch der Vermiether beim Tode des Miethers gegen Kündigung vom Vertrage zurücktreten kann.

§ 570. Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte das Miethverhältniß in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemiethet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.

Die Vorschrift entspricht dem Grundgedanken nach dem Preuß. Recht a. a. O. §§ 376 377. Letztere Bestimmungen gehen aber weiter; sie geben dem Miether das Recht, gegen Vergütung einer halbjährigen Miethe vom Auflauf des Kündigungs-Quartals vom Vertrage abzugehen, wenn er „durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen außer Stand gesetzt (wird), von der gemietheten unbeweglichen Sache ferner Gebrauch zu machen“, und auch von dieser Vergütung kann der Miether sich befreien, „wenn er dem Vermiether einen Untermiether stellt, gegen welchen derselbe keine erheblichen Einwendungen nachweisen kann“.

§ 571. Wird das vermiethete Grundstück nach der Ueberlassung an den Miether von dem Vermiether an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethverhältniß ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein.

Erfüllt der Erwerber die Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermiether für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Miether von dem Uebergange des Eigenthums durch Mittheilung des Vermiethers Kenntniß, so wird der Vermiether von der Haftung befreit, wenn nicht der Miether das Miethverhältniß für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist.

1. Im Anschluß an das Röm. und gem. Recht wollte der I. Entw. (§§ 509, 510) den Grundsatz zur Geltung bringen: „Kauf bricht Miethe", d. h. der Singularsuccessor des Vermiethers sollte berechtigt sein, kraft seines dinglichen Rechts vom Miether die Herausgabe der gemietheten Sache zu verlangen, — allerdings nicht, wie nach Röm. und gem. Recht, sofort, sondern unter Einhaltung einer Räumungsfrist.

Das Preuß. Recht hat dagegen dem Miether nach erfolgter Uebergabe ein dingliches, gegen jeden Dritten und somit auch gegen den Singularsuccessor des Vermiethers verfolgbares Recht gewährt; es gilt hier also der Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe". Aehnlich bestimmt der code civil art. 1743 ff., daß der neue Erwerber an den Miethsvertrag gebunden ist, wenn ein authentischer oder mit einem sicheren Datum versehener Vertrag vorliegt.

Mit Rücksicht auf den fast völlig einmüthigen Widerspruch, den die vom I. Entw. beabsichtigte Rechtsgestaltung fand, hat die Komm. für die 2. Lesung des Entw. sich für den Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" entschieden (§ 571 ff.).

Der dem Miether hiernach gegenüber dem Erwerber des vermietheten Grundstücks gewährte Schutz ist davon abhängig gemacht, daß der Miether sich zur Zeit der Veräußerung bereits im Miethbesitze befindet, also das Miethverhältniß erkennbar ist; erfolgt die Veräußerung des Grundstückes, bevor der Miether den Miethbesitz erlangt hat, so tritt der neue Grundstücks-Erwerber nur dann an die Stelle des Vermiethers, wenn er diesem gegenüber die Verpflichtungen aus dem Miethverhältniß übernommen hat (§ 578).

2. Der im Miethbesitz befindliche Miether einer beweglichen Sache ist nach § 986 für die Dauer des Miethverhältnisses in seinem Besitze geschützt. Hat er den Miethbesitz vor der Veräußerung der Sache noch nicht erlangt, so kann er sich nur an den Vermiether wegen Schadensersatz 2c. halten.

3. Ob nach der im B. G. B. erfolgten Rechtsgestaltung das Miethrecht (nach der Uebergabe der vermietheten Sache) als ein dingliches Recht zu betrachten ist, ist nicht unstreitig. Einerseits [1]) wird die Miethe als „ebenso dinglich geworden" erachtet, „wie der Nießbrauch, ja in ihren Wirkungen noch stärker als dieser, insofern sie bei Grundstücken der Eintragung nicht bedürftig ist"; andererseits wird die Dinglichkeit der Miethe entschieden bestritten [2]).

---

[1]) O. Fischer, das Sachenrecht, in der Samml. von Vorträgen über den Entw. des B. G. B., Heft III, S. 17.

[2]) C. Crome, die jurist. Natur der Miethe nach dem Deutschen B. G. B., in Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgl. Rechts, Bd. 35 S. 1—76 (auch im Sonderabdruck erschienen), — Schollmeyer, das Recht der einz. Schuldverh. im B. G. B. S. 51 f. Letzerer meint, im

In den Mot. (zum I. Entw.) Bd. II S. 384 wird es mit den Prinzipien des Grundbuchrechts nicht vereinbar erachtet, daß der Miether — wie nach Preuß. und Französ. Recht — ein dingliches Recht an dem Grundstücke ohne Eintragung erlange und der Erwerber ein Miethrecht anzuerkennen habe, über welches das Grundbuch keine Auskunft giebt. Mit Bezug hierauf ist insbesondere geltend gemacht werden [1]), das B. G. B. verlange auch in seiner schließlichen Gestaltung zur Erwerbung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück die Eintragung im Grundbuch; es sei also schon deshalb Miethe und Pacht nicht als dingliches Recht zu betrachten. Das Gesetz weicht hier aber wesentlich vom I. Entw. ab; die Bedenken, welche dort aus den grundbuchrechtlichen Principien entnommen wurden, sind sehr mit Recht gegenüber den wichtigsten Bedürfnissen des Lebens nicht für durchgreifend erachtet worden, und das Mieth- und Pachtrecht hat nun eine solche Gestaltung erhalten, daß der Miether und Pächter nach erlangtem Mieth- bezw. Pachtbesitz grundsätzlich und regelmäßig gegen jeden Dritten in ihrem Rechte geschützt sind. Damit aber ist ihr — der Reallast ähnliches — Recht als ein dingliches charakterisirt, und wenn dieser Grundsatz auch nicht ausnahmslos gilt, insbesondere nicht für den Fall der Zwangsversteigerung (Subhastation) des Grundstücks, so wird dadurch doch die juristische Natur des Rechts nicht geändert.

§ 572. Hat der Miether des veräußerten Grundstücks dem Vermiether für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Erwerber in die dadurch begründeten Rechte ein. Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Vermiether gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt.

Der § 572 statuirt aus Billigkeitsrücksichten betreffs der Rückgewähr der vom Miether oder Pächter bestellten Sicherheit (Kaution) eine Ausnahme von der Regel des gleichzeitigen Uebergangs der Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß auf den neuen Grundstücks-Erwerber.

§ 573. Eine Verfügung, die der Vermiether vor dem Uebergange des Eigenthums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Miethzins getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Miethzins für das zur Zeit des Ueberganges des Eigenthums laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Eine Verfügung über den Miethzins für eine spätere Zeit muß der Erwerber gegen sich gelten lassen, wenn er sie zur Zeit des Ueberganges des Eigenthums kennt.

Im Interesse des Miethers sind Vorausverfügungen des Vermiethers über den Miethzins dem Grundstückserwerber gegenüber nicht schon — wie es der Grundsatz des § 571 Abs. 1 ergeben würde — überhaupt insoweit für unwirksam erklärt worden, als die Miethzeit in die Zeit der Berechtigung des Erwerbers fällt; der Vermiether kann vielmehr Vorausverfügungen über die Miethe (Einziehen, Cediren 2c.) dem Grundstücks-Erwerber gegenüber insoweit rechtswirksam vornehmen, als er hierzu nach § 1124 den Hypothekengläubigern gegenüber befugt ist.

§ 574. Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Miether und dem Vermiether in Ansehung der Miethzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere

---

B. G. B. seien „die Miethe und Pacht von Grundstücken zu Zustandsobligationsverhältnissen erklärt".

[1]) Crome a. a. O. S. 8 f., 11 ff. Schollmeyer a. a. O. S. 51.

die Entrichtung des Miethzinses, ist dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Miethzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Miether von dem Uebergange des Eigenthums Kenntniß erlangt, und das folgende Vierteljahr bezieht. Ein Rechtsgeschäft, das nach dem Uebergange des Eigenthums vorgenommen wird, ist jedoch unwirksam, wenn der Miether bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts von dem Uebergange des Eigenthums Kenntniß hat.

Die Vorschrift des § 574 schützt den Miether bezüglich der die Miethzinsforderungen betreffenden Rechtsgeschäfte, welche zwischen ihm und dem Vermiether nach der Veräußerung des Grundstücks, aber während er von letzterer noch keine Kenntniß hat, vorgenommen werden. Der Miether befindet sich in solchen Fällen in ähnlicher Lage, wie der Schuldner einer cedirten Forderung, der von der Cession noch keine Kenntniß hat. Die zum Schutz eines solchen Schuldners in § 407 Abs. 1 gegebene Vorschrift ist demnach auf den in § 574 gedachten Fall entsprechend zur Anwendung gebracht. — Vgl. Denkschr. S. 78.

§ 575. Soweit die Entrichtung des Miethzinses an den Vermiether nach § 574 dem Erwerber gegenüber wirksam ist, kann der Miether gegen die Miethzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den Vermiether zustehende Forderung aufrechnen. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Miether die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Uebergange des Eigenthums Kenntniß erlangt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntniß und später als der Miethzins fällig geworden ist.

Die Vorschrift entspricht der für den Fall der Cession in § 406 getroffenen Bestimmung.

§ 576. Zeigt der Vermiether dem Miether an, daß er das Eigenthum an dem vermietheten Grundstück auf einen Dritten übertragen habe, so muß er in Ansehung der Miethzinsforderung die angezeigte Uebertragung dem Miether gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Eigenthümer bezeichnet worden ist.

Vgl. § 409.

§ 577. Wird das vermiethete Grundstück nach der Ueberlassung an den Miether von dem Vermiether mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften der §§ 571 bis 576 entsprechende Anwendung, wenn durch die Ausübung des Rechtes dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird. Hat die Ausübung des Rechtes nur eine Beschränkung des Miethers in dem vertragsmäßigen Gebrauche zur Folge, so ist der Dritte dem Miether gegenüber verpflichtet, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde.

Der § 577 erkärt die für die *Veräußerung* gegebenen Vorschriften (§§ 571—576) auch dann für anwendbar, wenn es sich nicht um Uebertragung des *Eigenthums* am Miethgrundstücke handelt, sondern um dessen *Belastung mit einem dinglichen Rechte*

zu Gunsten eines Dritten, z. B. mit einem Erbbaurecht, (§ 1012), Nießbrauch, Grunddienstbarkeit. Auch in diesen Fällen ist das früher begründete, durch Ueberlassung des Miethbesitzes realisirte Recht des Miethers stärker als das der dritten Rechts-Erwerber und andererseits ist auch in diesen Fällen der Miether bezüglich der Verfügungen über den Miethzins in gleicher Weise geschützt, wie bei der Veräußerung des Miethgrundstücks.

§ 578. Hat vor der Ueberlassung des vermietheten Grundstücks an den Miether der Vermiether das Grundstück an einen Dritten veräußert oder mit einem Rechte belastet, durch dessen Ausübung der vertragsmäßige Gebrauch dem Miether entzogen oder beschränkt wird, so gilt das Gleiche wie in den Fällen des § 571 Abs. 1 und des § 577, wenn der Erwerber dem Vermiether gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Verpflichtungen übernommen hat.

Bezüglich des Falles, wenn der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer seines Nießbrauchs hinaus vermiethet oder verpachtet, vgl. § 1056.

§ 579. Wird das vermiethete Grundstück von dem Erwerber weiter veräußert oder belastet, so finden die Vorschriften des § 571 Abs. 1 und der §§ 572 bis 578 entsprechende Anwendung. Erfüllt der neue Erwerber die sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermiether dem Miether nach § 571 Abs. 2.

Ist der Vermiether von seiner Haftung bereits gemäß § 571 Abs. 2 befreit, so wird der *erste* Erwerber im Sinne des § 579 Satz 2 als Vermiether zu betrachten sein. (Derselben Ansicht ist: Ebert in der Bemrk. zu § 579 in der Handausg. des B. G. B. von Fischer und Henle, S. 235.)

§ 580. Die Vorschriften über die Miethe von Grundstücken gelten auch für die Miethe von Wohnräumen und anderen Räumen.

II. Pacht.

§ 581. Durch den Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren. Der Pächter ist verpflichtet, dem Verpächter den vereinbarten Pachtzins zu entrichten.

Auf die Pacht finden, soweit sich nicht aus den §§ 582 bis 597 ein Anderes ergiebt, die Vorschriften über die Miethe entsprechende Anwendung.

Die Worte:

„und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind"

sind statt der Worte: „und den Fruchtgenuß" von der R. T. Kommission (vgl. Bericht S. 43) eingefügt worden, und zwar mit Rücksicht darauf, daß der Begriff: „Früchte" nach § 95 *allgemein* auch „die Erzeugnisse der Sache" umfaßt, auch soweit sie wirthschaftlich nicht zu den Einkünften gehören, sondern, wie z. B. die wegen Windbruchs gefällten Bäume, als

Theil des Kapitals zu betrachten sind. Früchte der letztern Art sollen dem Verpächter verbleiben.

§ 582. Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks hat die gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere die der Wohn- und Wirthschaftsgebäude, der Wege, Gräben und Einfriedigungen, auf seine Kosten zu bewirken.

Von dem Grundsatz, daß der Verpächter den verpachteten Gegenstand während der ganzen Pachtzeit in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche und Fruchtgenusse geeigneten Zustande zu erhalten hat (§§ 536, 581 Abs. 2), ist für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke betreffs der gewöhnlichen Ausbesserungen in § 582 mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (Mot. II S. 429 f.) eine Ausnahme statuirt. (Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 440 bis 444, 447, 448, 450.)

§ 583. Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks darf nicht ohne die Erlaubniß des Verpächters Aenderungen in der wirthschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen, die auf die Art der Bewirthschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind.

Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 435, 436.

§ 584. Ist bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks der Pachtzins nach Jahren bemessen, so ist er nach dem Ablaufe je eines Pachtjahres am ersten Werktage des folgenden Jahres zu entrichten.

1. Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 297 muß der Pachtzins so wie der Miethzins, wenn nichts anderes verabredet ist, vierteljährlich entrichtet werden; dies gilt auch nach Sächs. B. G. B. § 1204 „bei einer Pacht- oder Miethzeit von wenigstens 6 Monaten". — Vgl. § 551 Abs. 1.

2. Das Röm. und gem. Recht, das Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 478—496) sowie das Franz. Recht (code civil art. 1770—1773) gewähren bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke dem Pächter einen Anspruch auf verhältnißmäßigen Nachlaß (Remission) am Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Unglücksfälle der gewöhnliche Ertrag des Pachtgrundstücks beträchtlich vermindert worden ist. Das B. G. B. hat — in Uebereinstimmung mit dem Sächs. B. G. B. § 1212 — einen solchen Remissions-Anspruch nicht anerkannt. In der R. T. Kommission (Bericht S. 43) wurde beantragt, dem Pächter einen solchen Anspruch zuzubilligen, wenn „bei einer auf nicht länger als ein Jahr geschlossenen Pacht" der durchschnittliche Ertrag durch Naturereignisse um mehr als die Hälfte vermindert ist. Der Antrag wurde (gegen 7 Stimmen) abgelehnt, indem dabei geltend gemacht wurde, durch den Pachtvertrag habe der Pächter nur die Möglichkeit der Fruchtentziehung zu gewähren sich verpflichtet, nicht aber dafür einzustehen übernommen, daß die Früchte auch wirklich gewonnen werden; das praktische Bedürfniß eines solchen Remissionsrechts sei durch die Möglichkeit der Versicherung namentlich gegen Hagelschaden ein weit geringeres geworden, und erfahrungsmäßig werde in den Pachtverträgen auf das Remissionsrecht in der Regel verzichtet; in zahlreichen Fällen werde auch, wenn ein Minderertrag der erwähnten Art nicht unwahrscheinlich sei, eben deshalb das Pachtgeld niedriger bemessen.

§ 585. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirthschaftlichen Grundstücks kann für den gesammten Pachtzins geltend gemacht werden und unterliegt nicht der im § 563 bestimmten Beschränkung. Es erstreckt sich auf

die Früchte des Grundstücks sowie auf die nach § 715 Nr. 5 der Civilprozeßordnung der Pfändung nicht unterworfenen Sachen.

1. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirthschaftlichen Grundstücks ist dritten Gläubigern des Pächters gegenüber, also bei der Kollision mit Pfändungspfandrechten nicht — wie das Pfandrecht des Miethers (§ 563) — auf den Pachtzins für das letzte Jahr vor der Pfändung beschränkt. Ein in der R. T. Kommission (Bericht S. 43) gestellter Antrag auf Beseitigung der Worte: „und unterliegt nicht der im § 563 bestimmten Beschränkung" wurde mit sehr großer Majorität abgelehnt, weil es im Interesse des Pächters liege, daß das Pfandrecht des Pächters wegen des rückständigen Pachtzinses nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt werde, damit der Verpächter in der Lage sei, bei Mißernten und sonstigen Nothständen angemessen zu stunden; auch entspreche die Vorschrift des Gesetzes dem § 41 Nr. 2 der Konk.-Ordnung.

2. Abgelehnt wurde auch der ferner in der R. T. Kommission (Bericht S. 43 f.) gestellte Antrag, das Pfandrecht des Vermiethers nicht auf das nothwendige Wirthschaftsinventar des Pächters (C. P. O. § 715 Nr. 5) auszudehnen. Es wurde in dieser Beziehung insbesondere geltend gemacht, während der Dauer der Pachtung werde der Verpächter sein Pfandrecht am Wirthschaftsinventar in seinem eigenen Interesse nicht anders geltend machen, als indem er für die Erhaltung desselben auf dem Pachtgrundstücke Sorge trage; nach Beendigung der Pacht stehe aber das Inventar, dessen der Pächter dann nicht mehr zur Bewirthschaftung des Grundstücks bedürfe, andern Vermögensstücken gleich.

3. Von einem Pfandrecht des Verpächters an den Früchten kann erst dann die Rede sein, wenn die Früchte vom Grund und Boden getrennt (bezw. geerntet) sind; denn erst mit der Trennung erwirbt der Pächter das Eigenthum an den Früchten (vgl. §§ 953 ff.).

4. Für künftige Entschädigungsforderungen ist dem Pächter gleich wie dem Miether (§ 559) ein Pfandrecht nicht eingeräumt. Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 395 hat dagegen der Verpächter sowie der Vermiether ein Pfandrecht „wegen seines Zinses oder anderer Forderungen".

§ 586. Wird ein Grundstück sammt Inventar verpachtet, so liegt dem Pächter die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke ob.

Der Verpächter ist verpflichtet, Inventarstücke, die in Folge eines von dem Pächter nicht zu vertretenden Umstandes in Abgang kommen, zu ergänzen. Der Pächter hat jedoch den gewöhnlichen Abgang der zu dem Inventar gehörenden Thiere aus den Jungen insoweit zu ersetzen, als dies einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht.

Das Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 453—473 geht von dem Grundsatze aus (§§ 453 f., 466), daß der Pächter den Verlust zu tragen und zu ergänzen hat, der sich am Viehstande „durch Alter, Gebrauch oder durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen des Pächters" ereignet, desgleichen den Verlust einzelner Stücke Vieh durch nicht ansteckende Krankheiten, und daß andererseits der Verpächter den durch ungewöhnliche Unglücksfälle herbeigeführten Verlust am Viehinventar und am Wirthschaftsgeräth zu tragen, bezw. zu ersetzen hat.

Die Bestimmung des § 586 bezüglich der Inventar-Ergänzungspflicht des Verpächters ist allgemein für die Pacht eines Grundstücks gegeben, nicht nur für die Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks, so daß es hierbei zweckmäßiger Weise auch auf die mitunter zweifelhafte Frage nicht ankommt, ob das verpachtete Grundstück ein landwirthschaftliches ist oder nicht (Mot. II S. 426).

§ 587. Uebernimmt der Pächter eines Grundstücks das Inventar zum Schätzungswerth mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung der Pacht zum Schätzungswerth zurückzugewähren, so gelten die Vorschriften der §§ 588, 589.

§ 588. Der Pächter trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung des Inventars. Er kann über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügen.

Der Pächter hat das Inventar nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft in dem Zustande zu erhalten, in welchem es ihm übergeben wird. Die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Verpächters.

§ 589. Der Pächter hat das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren.

Der Verpächter kann die Uebernahme derjenigen von dem Pächter angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft für das Grundstück überflüssig oder zu werthvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigenthum an den abgelehnten Stücken auf den Pächter über.

Ist der Gesammtschätzungswerth der übernommenen Stücke höher oder niedriger als der Gesammtschätzungswerth der zurückzugewährenden Stücke, so hat im ersteren Falle der Pächter dem Verpächter, im letzteren Falle der Verpächter dem Pächter den Mehrbetrag zu ersetzen.

1. Gehört das „Vieh- und Feld-Inventarium" dem Pächter, so hat er nach Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 474—476) den sich daran ereignenden Verlust allein zu tragen, ebenso dann, wenn er „das Inventarium als eisern übernommen hat", was aber allein daraus, daß das Inventarium ihm nach einer Taxe übergeben worden ist, nicht gefolgert werden soll.

Nach dem deutschrechtlichen Standpunkte ist bei der Uebernahme des Inventars zum Schätzungswerthe (zur Taxe) nicht ein Kauf, wie nach Röm. Recht, sondern ein Eisernviehvertrag anzunehmen, die Taxe gilt sonach nicht als zur Kaufpreisbestimmung (venditionis causa), sondern nur als zur Schätzung (taxationis causa) erfolgt. Nach dem Grundsatze: „Eisern Vieh stirbt nicht" hat also der Pächter die Gefahr zu tragen und demzufolge wie auch nach Französ. Recht (code civil art. 1821) nach Beendigung der Pacht ein Inventar von gleichem Schätzungswerthe zurückzugewähren. Dasselbe gilt „im Zweifel" nach dem Sächs. B. G. B. (§ 1209), wenn mit der Pacht- oder Miethsache „ein Inventar geschätzt übergeben" wird.

Das B. G. B. § 587 überläßt in Uebereinstimmung mit dem Preuß. A. L. R. der Beurtheilung des einzelnen Falles die Entscheidung der Frage, welche Bedeutung der Uebernahme-Taxe nach der Absicht der Parteien beizumessen ist. Hat nach der hiernach anzunehmenden Uebereinkunft der Pächter ein Inventar zu gleichem Schätzungswerthe zurückzugewähren, so hat er wie beim Eisernviehvertrag die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Inventars zu tragen.

2. Der Eigenthumserwerb des Verpächters bei Neuanschaffungen tritt in den Fällen des § 588 Abs. 2 von Gesetzeswegen unmittelbar mit der Einverleibung in das In-

ventar ein, während hierzu nach allgemeinen Grundsätzen eine Uebergabe der neu angeschafften Stücke an den Verpächter erforderlich sein würde. Die getroffene Bestimmung entspricht dem Interesse des Verpächters sowie der Hypothekengläubiger. Vgl. Mot. II S. 435 f.

3. Bei der Ermittelung der Differenz zwischen dem Werthe des Inventars bei der Pacht-Uebergabe und bei der Rückgewähr (§ 589) ist im Interesse der Vereinfachung des Rechtsverhältnisses die einfache Vergleichung der alten und der neuen Taxe maßgebend, ohne daß ein etwa inzwischen eingetretenes Sinken der Preise zu Gunsten des Pächters berücksichtigt wird (Mot. II S. 437).

4. Die Vorschriften der §§ 588, 589 waren im I. Entw. § 544 wie im Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 399, 475 und im code civil art. 1821, auf die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke beschränkt. Die im II. Entw. § 527 erfolgte Ausdehnung der Vorschriften auf die Grundstücks-Pacht überhaupt entspricht dem Sächs. B. G. B. § 1209.

§ 590. Dem Pächter eines Grundstücks steht für die Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu. Auf das Pfandrecht findet die Vorschrift des § 562 Anwendung.

Die Bestimmung entspricht dem § 41 Nr. 3 der Konk.-Ordnung.

§ 591. Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks ist verpflichtet das Grundstück nach der Beendigung der Pacht in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirthschaftung ergiebt. Dies gilt insbesondere auch für die Bestellung.

Es ist dem Sinne des Pachtvertrages und dem volkswirthschaftlichen Interesse nicht entsprechend erachtet, daß der Pächter ein in mangelhaftem Zustande übernommenes landwirthschaftliches Grundstück im gleichen Zustande zurückgewährt und daß er andererseits ein in besserem, als gewöhnlich ordnungsmäßigen Zustande übernommenes Grundstück in diesem bessern wirthschaftlichen Zustande zurückgewähren muß (Mot. II S. 439 f.).

Für Verbesserungen aber, die mit dem wirthschaftlichen Zustande im Sinne des § 591 in keinem Zusammenhange stehen, kann der Pächter gemäß §§ 547, 581 Abs. 2 Ersatz verlangen (Mot. II S. 440).

§ 592. Endigt die Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks im Laufe eines Pachtjahrs, so hat der Verpächter die Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth dieser Früchte nicht übersteigen.

Der § 592 (II § 532) entspricht dem § 1009 des I. Entw., an dessen Stelle § 1055, betr. die Rückgabe beim Nießbrauch, getreten ist.

§ 593. Der Pächter eines Landgutes hat von den bei der Beendigung der Pacht vorhandenen landwirthschaftlichen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem Antritte der Pacht solche Erzeugnisse übernommen hat, so viel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich

ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden.

Soweit der Pächter landwirthschaftliche Erzeugnisse in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurückzulassen verpflichtet ist, als er bei dem Antritte der Pacht übernommen hat, kann er von dem Verpächter Ersatz des Werthes verlangen.

Den vorhandenen auf dem Gute gewonnen Dünger hat der Pächter zurückzulassen, ohne daß er Ersatz des Werthes verlangen kann.

Die dem § 593 entsprechende Vorschrift des I. Entw. § 547 bezog sich auf die Pacht „eines Landgutes oder mehrerer zum Betriebe der Landwirthschaft verbundenen Grundstücke", da, wie hierzu die Mot. II S. 441 bemerken, „bei einem einzelnen Grundstücke von einer Fortführung der Wirthschaft nicht die Rede sein kann".

Der Begriff „Landgut" im Gegensatz zum „landwirthschaftlichen Grundstücke" ist im B. G. B. (vgl § 96, Mot. III S. 67) nicht näher bestimmt. Es ist als Landgut ein Grundstück gemeint, dessen landwirthschaftlicher Betrieb derartig ist, daß er zu seiner ordnungsmäßigen Fortführung (Inventar und) Vorräthe erfordert (im Gegensatz zu kleinen Parcellen, Wiesen und dergl.)

§ 594. Uebernimmt der Pächter eines Landguts das Gut auf Grund einer Schätzung des wirthschaftlichen Zustandes mit der Bestimmung, daß nach der Beendigung der Pacht die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer solchen Schätzung zu erfolgen hat, so finden auf die Rückgewähr des Gutes die Vorschriften des § 589 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn der Pächter Vorräthe auf Grund einer Schätzung mit einer solchen Bestimmung übernimmt, für die Rückgewähr der Vorräthe, die er zurückzulassen verpflichtet ist.

§ 595. Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes die Pachtzeit nicht bestimmt, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahres zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage des halben Jahres zu erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht endigen soll.

Diese Vorschriften gelten bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes auch für die Fälle, in denen das Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann.

Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 340, 342—344 muß die Kündigung, wenn die Pachtzeit nicht anderweit bestimmt ist, „bei Pachtungen unbeweglicher Sachen und Gerechtigkeiten" 6 Monate vor der Räumung, bezw. „bei Land- und Ackergütern" „6 Monate vor dem Ablaufe des Wirthschaftsjahres" erfolgen, bei Pachtungen beweglicher Sachen „in den ersten 3 Tagen des Quartals, mit dessen Ablaufe der Besitz geräumt werden soll".

Das B. G. B. hat betreffs des Kündigungstermins das Pachtjahr, nicht das Wirthschaftsjahr für maßgebend erklärt, und zwar, weil „der Begriff des Wirthschaftsjahres ein überaus schwankender und unbestimmter ist und am wenigsten bei der Verschiedenheit der klimatischen und anderen Verhältnisse durch das Gesetz sich fixiren läßt" (Mot. II S. 427).

§ 596. Dem Pächter steht das im § 549 Abs. 1 bestimmte Kündigungsrecht nicht zu.

Der Verpächter ist nicht berechtigt, das Pachtverhältniß nach § 569 zu kündigen.

Eine Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 570 findet nicht statt.

1. Mit Rücksicht auf die für das Pachtverhältniß besonders erhebliche Bedeutung der Persönlichkeit des Pächters, seine wirthschaftliche Tüchtigkeit, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit ist dem Pächter die Ueberlassung des Fruchtgenusses an einen Dritten, insbesondere die Unterpacht ohne Erlaubniß des Verpächters nicht gestattet (§§ 549, 581 Abs. 2), und zwar gilt diese Beschränkung bei jeder Pacht, nicht nur bei der eines landwirthschaftlichen Grundstücks (z. B. bei der Jagdpacht, der Pachtung eines gewerblichen Unternehmens 2c.) — Der Verpächter soll auch nicht mittelbar zur Annahme eines Unterpächters gezwungen werden, zumal da der Pächter sein Recht für sich durch Dritte (Verwalter, Gehülfen) ausüben lassen kann. Es ist deshalb auch dem Pächter ein Kündigungsrecht wegen unbegründeter Versagung der Einwilligung in die Unterpacht nicht gewährt (§§ 596 Abs. 1, 549 Abs 1). Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 125 f.

Die Pfändung eines Pachtrechts und die Anordnung einer Verwaltung zur Ausübung des Pfandrechts soll aber auch ohne Einwilligung des Verpächters durch den in die C. P. O. neu aufzunehmenden § 749 a Abs. 2 für zulässig erklärt werden.

2. Stirbt der Pächter während der Pachtzeit, so können seine Erben das Pachtverhältniß gemäß §§ 569, 581 Abs. 2 kündigen. Abweichend vom Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 368, 369, 374 erklärt dagegen das B. G. B. (§§ 596 Abs. 2, 569) dem Verpächter mit Rücksicht auf die einschneidende vermögensrechtliche Wirkung einer Pacht-Kündigung nicht für befugt, den Erben des Pächters die Pacht zu kündigen. Es wurde dabei erwogen, daß bei Pachtverhältnissen von längerer Dauer, bei denen der Pächter auf einen Ersatz der in früherer Zeit auf das Pachtgrundstück gemachten Verwendungen aus den spätern Erträgen angewiesen sei, die Erben des Pächters durch eine des Todesfalles wegen erfolgte Kündigung des Verpächters allzuhart betroffen würden (Reatz I S. 282 Note 16).

3. Die Versetzung von Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ist auf den Bestand der von ihnen abgeschlossenen Pachtverträge ohne Einfluß; ein Kündigungsrecht ist ihnen hier bei der Verschiedenheit der Verhältnisse nicht wie bei der Miethe eingeräumt (§§ 596 Abs. 3, 570).

§ 597. Giebt der Pächter den gepachteten Gegenstand nach der Beendigung der Pacht nicht zurück, so kann der Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nach dem Verhältniß verlangen, in welchem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Vierter Titel.

Leihe.

§ 598. Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten.

1. Gegenstand einer Leihe können Sachen aller Art sein, bewegliche und unbewegliche, insbesondere auch Geld und Werthpapiere. Der Annahme eines Leihvertrages steht es auch nicht entgegen, wenn Werthpapiere zu dem Zwecke geliehen werden, um sie zu einer Ver-

pfändung (Cautionsbestellung) zu benutzen; die Verpfändung macht die Rückgabe derselben Sache nicht unmöglich; der Entleiher hat für die Einlösung vom Pfandnehmer zu sorgen [1]).

2. Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 21 §§ 229, 233 und nach dem Sächs. B. G. B. § 1186 können auch Rechte, bezw. deren Ausübung Gegenstand eines Leihvertrages sein. Das B. G. B. erwähnt eine derartige Leihe nicht. Die Motive II S. 444 meinen, die Frage, welche Grundsätze in solchen Fällen anzuwenden seien, eigne sich nicht zu einer allgemeinen Entscheidung durch das Gesetz, die betr. Verträge müßten vielmehr concret geprüft werden.

3. Der I. Entwurf § 558 erklärte die Vorschriften über Leihe („Gebrauchsleihe") auch dann für anwendbar, „wenn der unentgeltliche Gebrauch einer Sache unter dem Vorbehalt des willkürlichen Widerrufs einem Anderen überlassen worden ist", wenn also ein Prekarium vorliegt (vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 231—233).

Die Bestimmung ist im II. Entw. als selbstverständlich gestrichen worden, da das heutige Prekarium als besondere Art der Gebrauchsleihe, als frei widerrufliche Leihe zu betrachten sei (Reatz I S. 286, v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 374).

4. Im I. Entw. §§ 550 und 551 wurde dem Verleiher, d. h. demjenigen, der die Sache als geliehen übergeben hat, derjenige gleichgestellt, „welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat". Im II. Entw. ist diese Fassung beseitigt und die allgemeine Bezeichnung: „Verleiher" und „Entleiher" gewählt worden, um die Frage, ob der Leihvertrag als Realvertrag im Römisch-rechtlichen Sinne zu betrachten sei, der Wissenschaft zu überlassen und „den Leihvertrag einheitlich zu behandeln" (v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 376). — Hiernach ist das Hingeben der Sache als einer geliehenen nicht als ein besonderer (Real-) Vertrag zu betrachten, vielmehr als Erfüllung des Versprechens der Verleihung.

§ 599. Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht und dem Wesen der Leihe. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 257, Sächs. B. G. B. §§ 1177, 728. — Zwischen dem Versprechen des Verleihens und der Leihe selbst ist hierbei nicht unterschieden. (Mot. II S. 446.) — In gleicher Weise haftet auch der Schenker (§ 521).

§ 600. Verschweigt der Verleiher arglistig einen Mangel im Rechte oder einen Fehler der verliehenen Sache, so ist er verpflichtet, dem Entleiher den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Nach Röm.[2]) und gem. sowie nach Franz. Recht (code civil art. 1891) haftet der Verleiher für wissentliches Verschweigen. Das Preuß. A. L. R. und das Sächs. B. G. B. enthält in dieser Beziehung keine besonderen Bestimmungen.

Auf arglistiges Verschweigen ist die Haftung des Verleihers im II. Entw. beschränkt worden. Vgl. §§ 443, 460 und Bemrk. 3 zu § 463.

§ 601. Der Entleiher hat die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache, bei der Leihe eines Thieres insbesondere die Fütterungskosten, zu tragen.

Die Verpflichtung des Verleihers zum Ersatz anderer Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

---

[1]) Vgl. Erk. des Ob. Trib. vom 17. Januar 1871, Striethorst Arch. f. Rechtsfälle Bd. 80 S. 232, und Urth. des R. G. vom 14. Januar 1885, Entsch. Bd. 13 S. 127 ff.

[2]) l. 18 § 3, l. 22 D. commod. 13, 6.

Der Entleiher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

Die Vorschrift des § 601 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 entspricht inhaltlich dem Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 241—244 und dem (ebenfalls die Fütterungskosten besonders erwähnenden) Sächs. B. G. B. § 1179.

Nach Französ. Recht (code civil art. 1890) sind dem Entleiher die außergewöhnlichen nothwendigen Verwendungen zu erstatten[1]). Es entspricht dies auch der einen für das gem. Recht vertretenen Ansicht (vgl. l. 18 § 2 D. commod. 13, 6), während von anderer Seite für das gem. Recht nur eine Ersatzpflicht des Verleihers nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen wird.

§ 602. Veränderungen oder Verschlechterungen der geliehenen Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Entleiher nicht zu vertreten.

§ 603. Der Entleiher darf von der geliehenen Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen. Er ist ohne die Erlaubniß des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen.

1. Nach den allgem. Grundsätzen (§§ 276, 278) haftet der Entleiher für jede eigene oder durch seine gesetzlichen Vertreter bezw. Hülfspersonen begangene Fahrlässigkeit. Ein vertragswidriger Gebrauch stellt ein Verschulden dar. Der Entleiher haftet also auch — wie das Preuß. A. L. R. a. a. O. § 251 und der code civil art. 1881 noch besonders bestimmen — für den Zufall, der die Sache in Folge des vertragswidrigen Gebrauchs trifft (§ 280; vgl. Mot. II S. 450).

2. Nach gem. Recht und den neueren Gesetzbüchern[2]) hat der Entleiher bei einer seine eigene und die entliehene Sache gemeinsam treffenden Gefahr zunächst für Rettung der entliehenen Sache zu sorgen, und er haftet für die Beschädigung oder den Verlust der entliehenen Sache, wenn er dabei seiner eigenen Sache den Vorzug giebt.

Das B. G. B. hat eine solche Bestimmung nicht aufgenommen; sie erschien bedenklich; es soll vielmehr vom Richter unter Würdigung der konkreten Umstände darüber entschieden werden, „ob den Entleiher ein seine Verantwortlichkeit begründender Vorwurf trifft" (Mot. II S. 450).

3. „Ist Mehreren eine Sache gemeinschaftlich geliehen worden, so ist die den mehreren Entleihern obliegende Leistung auf Rückgabe als eine untheilbare anzusehen" (Mot. II S. 451). Vgl. § 431.

§ 604. Der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablaufe der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben.

Ist eine Zeit nicht bestimmt, so ist die Sache zurückzugeben, nachdem der Entleiher den sich aus dem Zwecke der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht

---

[1]) Der code civil art. 1886 besagt auch noch ausdrücklich, daß der Entleiher die Behufs des Gebrauchs der Sache gemachten Auslagen zu tragen hat. In gleicher Weise bestimmte der I. Entw. § 553, daß der Entleiher „die Auslagen, welche der Gebrauch der Sache verursacht", zu tragen habe. Diese Bestimmung ist im II. Entw. (§ 541) als selbstverständlich gestrichen worden. Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 375.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 250, code civil art. 1882, Sächs. B. G. B. § 1177.

hat. Der Verleiher kann die Sache schon vorher zurückfordern, wenn so viel Zeit verstrichen ist, daß der Entleiher den Gebrauch hätte machen können.

Ist die Dauer der Leihe weder bestimmt noch aus dem Zwecke zu entnehmen, so kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern.

Ueberläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten, so kann der Verleiher sie nach der Beendigung der Leihe auch von dem Dritten zurückfordern.

1. Kann der Entleiher die entliehene Sache in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht zurückgeben, so hat er deren Werth zu ersetzen; ob der Verleiher Eigenthümer der verliehenen Sache war, darauf kommt es hierbei nicht an, da der Entleiher seiner contractlichen Verpflichtung gemäß den früheren Zustand wiederherzustellen hat, und zwar entweder durch Rückgabe der entliehenen Sache oder durch Ersatz ihres Werthes [1]).

2. Der dem Verleiher gewährte unmittelbare Rückgabeanspruch gegen Dritte (§ 604 Abs. 4) ist im II. Entw. § 544 Abs. 2 statuirt worden. Die Befugniß entspricht dem für den Miether in § 556 Abs. 2 festgesetzten Rechte, wie überhaupt bei der Aehnlichkeit zwischen Miethe und Leihe die für erstere gegebenen Vorschriften das Vorbild für die Bestimmungen betreffs der Leihe gewesen sind.

§ 605. Der Verleiher kann die Leihe kündigen:

1. wenn er in Folge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf;
2. wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht, insbesondere unbefugt den Gebrauch einem Dritten überläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet;
3. wenn der Entleiher stirbt.

Die „Kündigung" kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgen, wie bei der Miethe in den dem § 605 Nr. 2 entsprechenden Fällen des § 553.

Das Rückforderungsrecht in den Fällen des § 605 Nr. 1 „rechtfertigt sich durch die Natur der Gebrauchsleihe als einer Gefälligkeit" (Mot. II S. 453). Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 235, 236, — Sächs. B. G. B. § 1174, — code civil art. 1889.

Der Tod des Verleihers ist auf den Fortbestand des Vertrages ohne Einfluß.

§ 606. Die Ersatzansprüche des Verleihers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der verliehenen Sache sowie die Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

Die die gleiche Verjährungsfrist wie bei der Miethe (§ 558) festsetzende Bestimmung ist in den II. Entw. § 547 aufgenommen worden.

---

[1]) Das Ob.-Trib. hat allerdings in dem Präjudiz vom 8. November 1843 angenommen, der Werth der im Besitze des Leihers verloren gegangenen Sache könne vom Verleiher nur dann eingeklagt werden, wenn er Eigenthümer der Sache war. Dagegen: Koch in seinem Kommentar z. Preuß. A. L. R., Note zu § 248 a. a. O., Dernburg, Preuß. Privatrecht II Bd. § 175 Note 7, Eccius, Preuß. Privatrecht II Bd. § 135 Note 22.

Fünfter Titel.

Darlehen.

§ 607. Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen.

1. Die Fassung des § 607 (I § 453, II § 547) ist gewählt worden, um es zum Ausdrucke zu bringen, „daß die Erstattungspflicht nothwendig den Empfang des Darlehns voraussetzt. Nur der Darlehnsempfänger ist zur Rückerstattung verpflichtet" (Mot. II S. 306). — Es soll damit hervorgehoben werden, daß das durch die Darlehns-Hingabe begründete Rechtsverhältniß eine selbstständig für sich bestehende rechtliche Bedeutung hat, daß also die Darlehnshingabe nicht lediglich als Erfüllung des Darlehns-Versprechens (des pactum de mutuo dando) zu betrachten ist. Demzufolge kann z. B. der auf Hergabe des versprochenen Darlehns Verklagte nicht gegen diesen Anspruch eine ihm gegen den Kläger zustehende Gegenforderung zur Compensation stellen, dergestalt daß die Schuld des Klägers hiernach wider seinen Willen in eine Darlehnsschuld umgewandelt wird. (Vgl. Mot. a. a. O.)

2. Der I. Entw. § 453 Abs. 2 enthielt auch die Bestimmung:

> Ist der Empfänger durch die Darleihung nicht Eigenthümer des Empfangenen geworden, so ist der Darlehnsanspruch gegen ihn nicht begründet.

Diese Bestimmung ist in der 2. Lesung des Entw. gestrichen worden, und zwar auf Grund folgender Erwägungen: Der gutgläubige Darlehnsnehmer erlangt nach den Grundsätzen über den redlichen Erwerb beweglicher Sachen (§§ 929 und 932) bereits mit der Uebergabe der dargeliehenen Sachen deren Eigenthum; war dagegen der Erwerber nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigenthümer wegen Schadensersatz nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung; in diesem Falle haftet der Empfänger selbstverständlich nicht auch noch daneben dem Geber[1]). Andererseits giebt es auch Darlehne ohne Eigenthumsübergang, wenn z. B. bei einem auf Anweisung zu zahlenden Darlehen die Hingabe Seitens des angewiesenen Bankiers lediglich durch Umschreibung auf den Konten des Darlehnsgebers und Nehmers erfolgt. Vgl. Reatz I S. 286, v. Jecklin a. a. O. Bd. 38 S. 456.

3. Besondere Beschränkungen der Fähigkeit, rechtsgültig Darlehen aufzunehmen, — wie sie das gem. und Preuß. Recht enthält, — sind in das B. G. B. nicht aufgenommen worden. — Nach gem. Recht können (zufolge des senatusconsultum Macedonianum) Geld-Darlehne an ein in väterlicher Gewalt befindliches Kind weder gegen letzteres selbst noch gegen seine Erben eingeklagt werden. Nach dem B. G. B. § 1626 steht dagegen das Kind nur, so lange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt; späterhin ist es in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt.

---

[1]) Die Vorschriften des Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 661 ff. führen im Allgemeinen zu denselben Ergebnissen; es haftet danach aber dem Eigenthümer nur derjenige, der wissentlich fremdes Geld von einem Unbefugten zum Darlehne annimmt, während das B. G. B. § 932 schon denjenigen Erwerber als nicht in gutem Glauben befindlich ansieht, dem es in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 678—706, 862 erfordert für Darlehne an Subaltern-Officiere, Unterofficiere und Gemeine den Consens der Vorgesetzten und bestimmt ferner, daß „Personen, welche bei den Königlichen Sing- und Schauspielen oder bei der Hofkapelle angestellt sind", „so lange sie in diesen Diensten stehen, aufgenommener Darlehne wegen gerichtlich nicht belangt werden" können, sofern es sich nicht um Befriedigung wegen eines hypothekarisch eingetragenen Darlehns aus dem betr. Grundstücke handelt.

Das B. G. B. hat diese Beschränkungen deshalb nicht aufgenommen, „weil dieselben im Wesentlichen der Disciplin über die bezeichneten Personen angehören" (Mot. II S. 311).

4. Die allgemeinen Grundsätze des B. G. B. bezüglich der Haftung des Schuldners wegen Verschuldens, bezw. wegen Verzugs (§§ 276, 278 ff., 284 ff., 288) kommen auch bei Darlehnsverträgen zur Anwendung. Sie gelten auch gegenüber dem Darlehnsgeber, bezw. gegenüber demjenigen, der die Darlehnshergabe versprochen hat[1]). Verzögert z. B. letzterer in von ihm zu vertretender Weise die Hergabe eines versprochenen Gelddarlehns, wodurch der andere Theil sich die Mittel zur Abwendung der Zwangsversteigerung seines Grundstücks oder beweglicher Sachen verschaffen wollte, so haftet der Versprechende für den in Folge seines Verzuges, z. B. durch die Versteigerung des Grundstücks, entstandenen Schaden, wie das Preuß. A. L. R. a. a. O. § 655 noch ausdrücklich bestimmt. — Vgl. Bemrk. 3 zu § 288.

5. Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 671—673 wird dadurch, daß Jemand sein eigenes Geld „unter fremdem Namen" zum Darlehn gegeben hat, ein Vertrag nur zwischen dem Empfänger und demjenigen begründet, „auf dessen Namen das Darlehn gegeben worden". — Das B. G. B. enthält eine besondere Bestimmung hierüber nicht; die allgemeinen Grundsätze, insbesondere über die Stellvertretung, Geschäftsführung ohne Auftrag und die Condictionen, erschienen genügend (Mot. II S. 311).

§ 608. Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

Die Vorschrift entspricht den Bestimmungen des Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 822, 823 sowie des Sächs. B. G. B. § 1080.

§ 609. Ist für die Rückerstattung eines Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, daß der Gläubiger oder der Schuldner kündigt.

Die Kündigungsfrist beträgt bei Darlehen von mehr als dreihundert Mark drei Monate, bei Darlehen von geringerem Betrag einen Monat.

Sind Zinsen nicht bedungen, so ist der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt.

1. Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 761 f. beträgt die Kündigungsfrist, wenn nichts anderes rechtsgültig bestimmt ist, bei Darlehen bis 50 Thlr. (150 Mk.) 4 Wochen, bei größeren Darlehen 3 Monate. — Nach dem Sächs. B. G. B. § 1077 kann die Rückgabe, wenn die

---

[1]) Nicht beizutreten ist hiernach der Ansicht von Schollmeyer a. a. O. S. 63 f., daß „man die Haftung des Gebers auf den Fall der Schadenszufügung durch unerlaubte Handlung beschränken" müsse, da das B. G. B. über die aus dem Vertrag hervorgehenden Verpflichtungen des Darlehnsgebers „so gut wie gar keine Vorschriften" enthalte und die Grundsätze über Eviction und Mängel-Gewähr nicht anwendbar seien.

Zeit derselben nicht bestimmt ist „oder eine Kündigung ohne Zahlungsfrist bedungen worden", sofort verlangt werden, „vorbehaltlich des Rechtes des Erborgers auf Gestattung einer den Umständen angemessenen Frist". In ähnlicher Weise bestimmt das Französ. Recht (code civil art. 1900), daß der Richter Mangels einer vereinbarten Rückgabefrist dem Darleiher eine den Umständen nach angemessene Frist bewilligen kann. (Vgl. hierbei Bemrk. 2 zu § 343.) Nach gem. Recht können Darlehen, wenn eine Kündigung nicht bedungen ist, sofort zurückgefordert bezw. zurückgezahlt werden.

Der I. Entw. § 457 wollte für alle Darlehen ohne Unterschied der Summe eine Kündigungsfrist von 6 Wochen festsetzen.

2. Die Bestimmung des § 609 bildet betreffs verzinslicher Darlehen eine Ausnahme von dem Grundsatze (§ 271 Abs. 1), daß, wenn eine Leistungszeit nicht bestimmt (und auch nicht aus den Umständen zu entnehmen) ist, die Einforderung bezw. Bewirkung der Leistung sofort erfolgen kann.

Andererseits gilt aber auch für Darlehen die Regel (§ 271 Abs. 2), daß eine Zeitbestimmung für die Leistung nur als zu Gunsten des Schuldners gegeben zu betrachten ist, so daß dieser also die Leistung auch vor der bestimmten Zeit bewirken kann. (Vgl. Bemrk. 2 zu § 271.)

3. Ist ein Darlehn in Inhaber-Papieren gewährt worden, so muß nach Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 793—795 die Rückzahlung „in Papieren von eben der Art" erfolgen; falls solche Papiere zur Zeit der Rückzahlung nicht mehr vorhanden sind, so ist der Kurswerth, den die Papiere zur Zeit des Kontrakts hatten, in baarem Gelde zurückzuzahlen. Nach Sächs. B. G. B. § 1067 ist „im Zweifel" anzunehmen, daß der Kurswerth der als Darlehen gegebenen Inhaber-Papiere zur Zeit der Hingabe „den Gegenstand des Darlehnes ausmache".

Im B. G. B. ist eine Bestimmung für Darlehen in Inhaberpapieren nicht getroffen worden. Die Motive II S. 309 f. führen aus, daß, wenn einmal Inhaber-Papiere ohne weitere Verabredung zum Darlehn gegeben werden, dem Wesen des Darlehnsvertrages zufolge anzunehmen sei, daß Papiere derselben Art zurückzugewähren seien; falls aber Papiere der betr. Art nicht mehr vorhanden seien, so möchte es wohl für die Regel als das Billigste und Angemessenste erscheinen, den Kurswerth zur Zeit der Darlehnshingabe für entscheidend zu erklären, eine positive Vorschrift könnte aber „unter Umständen ungeeignete Ergebnisse liefern und mit den Parteiintentionen oft nicht im Einklange stehen".

4. Werden Inhaber-Papiere einem Andern gegeben, um sie in seinem Interesse zu verpfänden, als Caution zu bestellen, so hängt es von der Vereinbarung der Parteien ab, ob die Hingabe der Papiere mit oder ohne den Willen der Eigenthumsübertragung, also darlehnsweise oder leihweise geschehen soll; es kann in solchen Fällen auch nur ein Leihvertrag vorliegen. Vgl. Urth. des R. G. vom 14. Januar 1885, Entsch. Bd. 13 S. 127 ff. Vgl. Bemrk. zu 1 § 598.

§ 610. Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird.

Die Bestimmung entspricht der Vorschrift des Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 656, 657 [1]). — Vgl. § 321 und Bemrk. 1 dazu.

---

[1]) Eine ähnliche Bestimmung enthält das Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881. Danach (Art. 332, 96) kann der Verleiher die Aushändigung des Darlehens bis zur Sicherheitsleistung verweigern, „wenn der Borger seit dem

Sechster Titel.

Dienstvertrag.

§ 611. Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Theil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.

1. Nach Röm. Recht bildeten, den damaligen socialen Verhältnissen gemäß, nur Dienste niederer Art (operae illiberales, locari solitae), nicht auch Dienste höherer Art (operae liberales) den Gegenstand eines Dienstvertrages. Das gem. Recht steht auf demselben Standpunkte. Das Preuß. A. L. R. dagegen (Th. I Tit. 11 §§ 894—924) unterscheidet bei den Dienstverträgen Verträge zwischen Herrschaften und Gesinde, Verträge mit gedungenen Handarbeitern und Tagelöhnern und Verträge mit Handwerkern und Künstlern. — Auch das Französ. Recht (code civil art. 1708, 1710, 1711, 1779) betrachtet Dienste höherer, insbes. wissenschaftlicher Art nicht als Gegenstand der Dienstmiethe (des Dienstvertrages, louage d'ouvrage et d'industrie). — Das Sächs. B. G. B. § 1230 erklärt betreffs des Dienstvertrages:

> Die Dienste können in körperlicher Kraftanwendung oder in Leistungen bestehen, welche eine besondere Sachkenntniß, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern.

Das B. G. B. steht auf demselben Standpunkt. Es enthält aber nur verhältnißmäßig wenige allgemeine Bestimmungen über den Dienstvertrag. Vgl. Bemrk. 4.

2. Gegenüber dem entgeltlichen Dienst- und Werkvertrage betrachtet das B. G. B. die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung als das charakteristische Merkmal des Auftrags. (Vgl. § 662.) — Das Gesetz (§ 627) hat aber Verträge über die Leistung von „Diensten höherer Art", „die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen", in dem erheblichen Punkte den Aufträgen gleichgestellt, daß solche Verträge, wenn der darnach Verpflichtete nicht in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen steht, von jedem Theile ohne weiteres ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden können.

3. Vielfach in der Kritik und namentlich aus den Kreisen der Rechtsanwälte und Aerzte, wurden sehr erhebliche Bedenken dagegen geltend gemacht, die höhere Berufsthätigkeit der Anwälte, Aerzte, Lehrer 2c. den Vorschriften über den Dienstvertrag zu unterstellen; es wurde dagegen verlangt, diese höhere Thätigkeit ganz besonders zu regeln oder bei den Vorschriften über den Auftrag zu berücksichtigen. — Die Kommission für die 2. Lesung des Entw. hat diese Bedenken nicht für begründet erachtet. Es wurde dagegen geltend gemacht, in der Anwendung der Rechtsform des Dienst- und Werkvertrages auf die freie geistige Thätigkeit könne eine Herabwürdigung der letzteren nicht gefunden werden; der eine solche Arbeit Leistende habe ja sein Wissen und Können nicht lediglich nach den Weisungen des andern Theiles zu bethätigen, sondern selbstständig nach eigenem pflichtmäßigem Ermessen zu handeln, in der Arbeit seine geistige Individualität zu bethätigen. Vgl. Reatz I S. 288, v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 375 f.

4. Nach Art. 32 des Einf.-Ges. zum B. G. B. sind die für gewisse Dienstverhältnisse bestehenden reichsgesetzlichen Bestimmungen aufrecht erhalten, insbesondere die Vor-

---

Vertragsabschlusse in Konkurs gerathen ist oder seine Zahlungen eingestellt hat", oder wenn die Ereignisse zwar schon vor dem Vertragsabschluß eingetreten, dem Darleiher aber erst nachher bekannt geworden sind.

schriften über die Verträge mit Handlungsgehülfen, über das Dienstverhältniß der Schiffer und der Schiffsmannschaft (vgl. Seemannsordnung vom 27. December 1872 und betreffs der Binnenschifffahrt Gesetz vom 15. Juni 1895), über das Dienstverhältniß der gewerblichen Arbeiter, sowie die Vorschriften über das Frachtgeschäft und über den Postbeförderungsvertrag (Reichspostgesetz vom 28. October 1871).

Unberührt geblieben sind ferner mit gewissen Modifikationen nach Art. 95 des Einf.-Ges. zum B. G. B. „die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören".

Der Landesgesetzgebung ist ferner vorbehalten: die Regelung des Dienstverhältnisses der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten (Art. 80 des Einf.-Ges. z. B. G. B.), sowie die Regelung des Dienstverhältnisses der Bergarbeiter (Art. 67 des Einf.-Ges.).

§ 612. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

1. Die Bestimmung des § 612 Abs. 1 entspricht in ihrem Grundgedanken dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 873, 874 und dem Sächs. B. G. B. §§ 1231, 820.

2. Die Vorschrift des § 612 Abs. 2 ist in den II. Entw. (§ 562 Abs. 2) aufgenommen. Es kommt also nicht von vornherein, sondern erst in Ermangelung einer Taxe oder eines üblichen Satzes die allgemeine Vorschrift des § 316 zur Anwendung, wonach der Dienstberechtigte „im Zweifel" zu bestimmen hat, wie viel er zahlen will.

Ein gleiche Bestimmung ist für den Werkvertrag (§ 632) und für den Mäklervertrag (§ 653) gegeben.

§ 613. Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.

Diese in den II. Entw. § 554 aufgenommene Auslegungsregel entspricht der gewöhnlichen Parteiabsicht und gründet sich auf die durch das Dienstverhältniß geschaffenen persönlichen Beziehungen. (Reatz I S. 289, v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 379 f.)

§ 614. Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Die Vorschrift des § 614 entspricht der für die Miethe in § 551 gegebenen Bestimmung, wie denn nach dem Vorgange des Röm. Rechts die Motive (II S. 455) überhaupt eine „nahe Verwandtschaft"[1] des Miethś- und Arbeitsvertrages auch für das jetzige Recht annehmen und das B. G. B. demgemäß bei den Vorschriften über den Dienstvertrag (die Dienstmiethe, locatio conductio operarum) vielfach die Bestimmungen über die Sachmiethe (locatio conductio rei) zum Vorbilde genommen hat. So bemerken denn auch die Mot. II S. 461 betreffs der Vorschrift des § 614 Satz 2, es sei „nicht abzusehen, weshalb es in der hier fraglichen Beziehung bei dem Dienstvertrage anders sein soll als bei der Miethe".

---

[1]) Eine solche Verwandtschaft ist jedoch nach den jetzigen socialen Verhältnissen nicht anzuerkennen. Vgl. W. Endemann, die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (1896) S. 79 f., 90.

§ 615. Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die in Folge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Werth desjenigen anrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

1. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 878, 879, 884—886, 908, 917, Tit. 5 §§ 360 ff., 412 kann, wenn bei einem Dienstvertrage der eine Theil die versprochene Erfüllung ohne Grund verweigert, der andere Theil vom Vertrage sofort zurücktreten und Entschädigung, als solche also insbesondere die Gegenleistung verlangen; wird dagegen die Leistung der Dienste durch Zufall unmöglich, so wird der Vertrag als aufgehoben angesehen.

Die Vorschrift des § 615 entspricht im Allgemeinen dem gem. Recht und dem Sächs. B. G. B. § 1239; nach letzterem ist aber der Dienstberechtigte nicht für befugt erklärt, auf die von ihm zu leistende Vergütung auch den vom Dienstpflichtigen böswillig unterlassenen anderweiten Erwerb in Anrechnung zu bringen.

2. Für die in Folge des Verzugs des Dienstberechtigten gemachten Mehraufwendungen ꝛc. kann der Verpflichtete gemäß § 304 (Reg.-Vorl. § 298) Ersatz verlangen. In der R. T. Kommission (Bericht S. 47) wurde dies für selbstverständlich erachtet und deshalb ein Antrag, der den § 304 in den Fällen des § 615 ausdrücklich für anwendbar erklären wollte, abgelehnt. Vgl. Bemrk. zu § 304.

§ 616. Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

1. Die von den allgemeinen Grundsätzen (§§ 275 Abs. 2, 323 Abs. 1) abweichende Bestimmung, daß der ohne sein Verschulden an der Dienstleistung vorübergehend verhinderte Verpflichtete — ungeachtet der Nichtleistung der Dienste, — die Gegenleistung fordern kann, beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität (Mot. II S. 463).

Im I. Entw. § 562 war dabei „ein dauerndes“, die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes Dienstverhältniß und eine Verhinderung „während einer nicht erheblichen Zeit“ vorausgesetzt. Im II. Entw. § 557 war die Vorschrift für den Fall vorgeschlagen, wenn „die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen“ ist und die Verhinderung „für eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit“ eingetreten ist. Die jetzige Fassung hat die Bestimmung durch die R. T. Kommission (Bericht S. 47) erhalten; es soll durch die veränderte Fassung des Eingangs des § 616: „Der zur Dienstleistung Verpflichtete“ ꝛc. zum Ausdruck gebracht werden, daß die Bestimmung auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten, sondern in der Form des Stücklohns bemessen ist.

2. Die in den II. Entw. § 557 aufgenommene Bestimmung, betreffend die Anrechnung der auf Grund der Kranken- oder Unfall-Versicherung erhaltenen Beträge, schließt sich an § 133c der Gewerbe-Ordn. (in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juni 1891) an. Es liegt

ihr die Erwägung zu Grunde, daß der Dienstnehmer durch die Verhinderung im Falle einer Krankheit oder eines Unfalls nicht einen Gewinn erlangen soll.

Unter der „gesetzlichen" Verpflichtung im Sinne des § 616 ist auch die auf Grund des Krankenversicherungsgesetzes (§ 2) durch statutarische Bestimmung begründete Verpflichtung zu verstehen. Ob der Dienstgeber Versicherungsbeiträge zahlt oder nicht, ist dabei einflußlos.

Auf eine andere als die gesetzliche Versicherung kann der Dienstgeber sich nicht berufen. Die Frage, welche Bedeutung der Anspruch aus § 616 für die vertragsmäßige Versicherung haben soll, ist dem Versicherungsvertrage überlassen, und zwar auf Grund der Erwägung, daß diese Frage nur das Verhältniß zwischen dem Versicherten und dem Versicherer betrifft, nicht aber den Dienstnehmer berührt. Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 381.

§ 617. Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältniß wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist.

Die besonders für das Gesinde praktisch bedeutsame Bestimmung des § 617 ist auf Antrag des Abgeordneten Gröber (Württemberg) von der R. T. Kommission (Bericht S. 47 f.) beschlossen worden. — Vgl. stenogr. R. T. Bericht S. 2805—2811.

Die Vorschrift entspricht in ihrem Grundgedanken den Bestimmungen der Preuß. Gesindeordnung vom 8. November 1810 §§ 86—93, findet aber nach § 95 des Einf.-Ges. z. B. G. B. nur insoweit Anwendung, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weiter gehende Ansprüche als § 617 gewähren; dies ist z. B. nach der erw. Preuß. Gesindeordnung §§ 86, 87 der Fall; danach ist für die Kur und Verpflegung eines Dienstboten, der sich (ohne eigene Schuld) „durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben" eine Krankheit zuzieht, von der Dienstherrschaft zu sorgen, ohne daß dafür dem Gesinde ein Abzug am Lohne gemacht werden darf.

§ 618. Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Geräthschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatz die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 entsprechende Anwendung.

1. Die auf socialpolitischen Erwägungen beruhende Vorschrift des § 618 Abs. 1 verallgemeinert die Bestimmungen der Gewerbeordnung §§ 120a bis 120e (in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juni 1891). — Der hier den Dienstnehmern gewährte Schutz tritt aber nach allgemeinen Grundsätzen nur ein, wenn dem Dienstherrn ein Verschulden (Verabsäumung der Fürsorgepflicht) zur Last fällt. Im Fall eines konkurrirenden Verschuldens des Dienstnehmers findet auch hier § 254 Anwendung. Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 381 f. — S. auch § 846.

2. Der Abs. 2 des § 618 ist auf Antrag des Abgeordn. Gröber (Württemberg) von der R. T. Kommission (Bericht S. 48) hinzugefügt worden:

3. In der Revisionslesung des II. Entw. war der schließlich zurückgezogene Antrag gestellt, dem § 618 (II § 558) Abs. 1 den Zusatz zu geben:

> Bei gewöhnlichen Dienstleistungen ist der Dienstberechtigte zu ungewöhnlichen Vorkehrungen nicht verpflichtet.

Die Kommission für den II. Entw. hielt den Zusatz nicht für erforderlich, indem sie sich mit der Auffassung, auf welcher der Antrag beruht, einverstanden erklärte. Vgl. Dr. Küntzel, Beschlüsse zum Entw. des B. G. B., Gruchot, Beiträge Bd. 40 S. 352 f.

§ 619. Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Die Bestimmung ergiebt sich aus dem socialpolitischen Charakter der §§ 617, 618. In der R. T. Kommission wurde im Einklang mit deren Mitgliedern (Bericht S. 48) von den Vertretern der verbündeten Regierungen festgestellt, daß der Dienstverpflichtete auf die ihm nach § 618 Abs. 1 eingeräumten Schutzrechte „im Voraus", „d. h. so lange, bis das Dienstverhältniß völlig abgelaufen ist", nicht rechtsgültig verzichten kann. Dasselbe ist auch betreffs des § 617 anzunehmen.

§ 620. Das Dienstverhältniß endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist.

Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Theil das Dienstverhältniß nach Maßgabe der § 621 bis 623 kündigen.

In der Reg.-Vorlage (§ 615) lautete Abs. 2 des § 620 dahin:

> Ist das Dienstverhältniß nicht für bestimmte Zeit eingegangen und ergiebt sich die Dauer auch nicht aus dem Zwecke der Dienste, so kann rc.

Durch die von der R. T. Kommission (Bericht S. 49) beschlossene veränderte jetzige Fassung des § 620 Abs. 2 soll es zum Ausdruck gebracht werden, daß bei einem Dienstver-

trage, bei welchem Stücklohn und die Herstellung einer bestimmten Stückzahl mit Hülfe der Dienste des Dienstpflichtigen vereinbart ist, das Dienstverhältniß vor Herstellung der vereinbarten Stückzahl nicht gemäß § 623 gekündigt werden kann.

§ 621. Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Ist die Vergütung nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zulässig.

§ 622. Das Dienstverhältniß der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältniß vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten, Gesellschafterinnen, kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist.

§ 623. Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so kann das Dienstverhältniß jederzeit gekündigt werden; bei einem die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältniß ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten.

Der I. Entw. § 563 wollte für den Fall, wenn die Dienstzeit nicht bestimmt ist, allgemein eine Kündigungsfrist von 14 Tagen festsetzen.

Die Fristbestimmungen der §§ 621—623 sind in den II. Entw. §§ 560—562 aufgenommen worden. Es erschien der im Verkehr herrschenden Anschauung entsprechend, die Länge der Kündigungsfrist nach der Zeitdauer zu bestimmen, wonach die Vergütung für die Dienste bemessen ist.

Eine Ausnahme hiervon ist nur für die zur Leistung von Diensten höherer Art mit festen Bezügen Angestellten statuirt worden (§ 622 Abs. 2), und zwar mit Rücksicht darauf, daß solche Angestellte einer längern Zeit als andere Dienstnehmer bedürfen, um sich eine neue Stellung zu suchen. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 384 f., Denkschr. S. 80.) Die Vorschrift entspricht den Bestimmungen, welche bereits zu Gunsten der Handlungsgehilfen (H. G. B. Art. 61) sowie der gewerblichen Betriebsbeamten und höhern technischen Bediensteten (Gewerbe-Ordn. § 133a) in Geltung sind.

Nach dem Preuß. A. L. R. Th. II Tit. 5 §§ 187, 195 beträgt die Kündigungsfrist bei Verträgen mit Erziehern, Erzieherinnen, Privatsekretairen, Kaplänen und andern, „die mit erlernten Wissenschaften und schönen Künsten im Hause Dienste leisten", nicht nur, wie nach § 622, 6 Wochen, sondern ein Vierteljahr, wenn nichts anderes contractlich bestimmt ist. Für Verträge mit „Hausofficianten", für welche Schriftform vorgeschrieben ist, ist, wenn

der Dienst auf Grund eines bloß mündlichen Vertrages angetreten ist, eine Kündigung zum Ablauf eines jeden Vierteljahres mit 6 Wochen Frist zulässig, während, wenn ein schriftlicher Vertrag vorliegt, die für die Kündigung von Gesindedienstverhältnissen bestimmten Fristen von 6 Wochen (bei städtischem Gesinde) bezw. 3 Monaten (bei Landgesinde) maßgebend sind (A. L. R. a. a. O. §§ 177, 180, 186, in Verbindung mit § 112 der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810).

§ 624. Ist das Dienstverhältniß für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

1. Die Vorschrift des § 624 enthält eine Anerkennung des bisher stets festgehaltenen Rechtsgrundsatzes, daß die persönliche Freiheit durch privatrechtliche Vereinbarungen nicht dauernd aufgehoben werden darf. So bestimmte z. B. das Preuß. Landeskultur-Edikt vom 14. September 1811 § 7 für Dienstverträge mit ländlichen Arbeitern eine Dauer von höchstens 12 Jahren. — Nach Französ. Recht (code civil art. 1780) kann man sich nur für bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Unternehmung zu Diensten verpflichten. — Nach Sächs. B. G. B. § 1234 steht dem „Dienstleistenden“, der sich für seine oder des Dienstberechtigten oder eines Dritten Lebensdauer verpflichtet hat, das Recht zu, „zu jeder Zeit zu kündigen, und es erlöscht dann der Vertrag mit Ablauf von 6 Monaten von der Kündigung an“.

2. Die dem § 624 (II § 563) entsprechende Vorschrift des I. Entw. § 564 bezog sich auf Dienstverhältnisse, die für die Lebenszeit einer Person oder auf länger als 10 Jahre geschlossen sind, und wollte nur eine Beendigung des Dienstverhältnisses nach Ablauf von 10 Jahren gestatten.

3. In Uebereinstimmung mit dem I. und II. Entw. enthielt die Reg.-Vorlage (§ 615) die zusätzliche Bestimmung:

> Die Kündigung ist nicht zulässig, wenn der Verpflichtete die Dienste durch einen Anderen leisten lassen darf.

Es wurde hiergegen mit Recht geltend gemacht [1]), daß die gedachte Bestimmung zu einer lebenslänglichen Gebundenheit (von Guts- und Fabrikarbeitern 2c.) führen könne, wenn der Verpflichtete thatsächlich nicht in der Lage ist, für die betr. Dienste einen Vertreter zu beschaffen. Hiernach wurde die erwähnte Vorschrift auf einstimmigen Beschluß der R. T. Kommission (Bericht S. 49) gestrichen.

§ 625. Wird das Dienstverhältniß nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Theiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Theil unverzüglich widerspricht.

Das gem., Preuß. und Französ. Recht enthält betreffs der stillschweigenden Dienstvertrags-Verlängerung keine besondern Bestimmungen. Nach Sächs. B. G. B. § 1234 gilt der Dienstvertrag „als auf die vorige Dienstzeit erneuert“, wenn der Vertrag „nach Ablauf der ursprünglichen Dienstzeit von den Vertragschließenden wissentlich ohne Widerspruch fortgesetzt“ wird.

Das B. G. B. geht beim Dienstvertrage betreffs der stillschweigenden Verlängerung von demselben Grundsatze aus wie bei der Miethe (§ 568), indem eine Verlängerung „auf

---

[1]) Dernburg, Persönliche Rechtsstellung nach dem B. G. B. (1896) S. 28—30.

unbestimmte Zeit" angenommen wird und die Vorschrift auch für den Fall gegeben ist, wenn der Dienstvertrag nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen, sondern durch Kündigung beendigt worden ist.

§ 626. Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

1. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 878, Tit. 5 §§ 408—410 kann bei Verträgen über Handlungen, wenn der eine Theil die Erfüllung verweigert, oder nach der Behauptung des andern Theils nicht kontraktgemäß leistet oder dergestalt nicht leisten kann, der andere Theil vom Vertrage sofort zurücktreten, allerdings nur auf seine Gefahr, indem er, wenn sein Vorgeben späterhin im betr. Processe unbegründet befunden wird, den Gegner vollständig entschädigen muß. Auch kommt hierbei das Recht mit in Betracht, wegen „veränderter Umstände" vom Vertrage zurückzutreten, wobei derjenige, der diese Veränderung herbeigeführt hat, den andern Theil zu entschädigen hat (Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 377 ff.). Vgl. Bemrk. 2 zu § 321. — Nach Französ. Recht (code civil art. 1184) kann die Aufhebung jedes gegenseitigen Vertrages, indem er dann als resolutiv bedingt gilt, und Schadensersatz verlangt werden, wenn der andere Theil seine Verpflichtungen nicht erfüllt. — Nach Sächs. B. G. B. §§ 1241, 1242 kann der Dienstberechtigte „vor der Zeit" vom Vertrage abgehen, „wenn dem Dienstleistenden Untreue oder grobe Fahrlässigkeit bei dem Dienste zur Last fällt, oder wenn derselbe die zu dem Dienste nöthige Befähigung oder Geschicklichkeit verliert, oder wenn er sich durch strafbare oder unsittliche Handlungen des Vertrauens des Dienstberechtigten unwürdig macht". Andererseits kann der Dienstleistende vom Vertrage abgehen, wenn der Dienstberechtigte der an ihn ergangenen Mahnung ungeachtet die fällige Gegenleistung nicht entrichtet.

Das B. G. B. hat, indem bei der großen Mannigfaltigkeit der Verhältnisse eine nähere gesetzliche Feststellung nicht angängig erschien, sich auf den Ausspruch des allgemeinen Grundsatzes beschränkt, daß jeder Theil „aus wichtigen Gründen" vom Dienstvertrage zurücktreten kann. Vgl. H. G. B. Art. 62.

2. Ueber die Berechtigung des im einzelnen Falle geltend gemachten Kündigungsgrundes ist im Streitfalle nachträglich vom Richter zu entscheiden.

„Ein Verschulden des anderen Theiles ist zur Begründung dieses außerordentlichen Kündigungsrechts nicht erforderlich" (Denkschr. S. 81). Vgl. § 628.

3. Ueber den Einfluß des Todes des Verpflichteten, bezw. Berechtigten auf die Endigung des Dienstverhältnisses hat das B. G. B. keine besondern Bestimmungen getroffen. — Ist dem Sinne des Vertrages gemäß das Recht auf die Dienstleistung an die Person des Dienstberechtigten geknüpft, so erlischt natürlich das Dienstverhältniß mit dem Tode desselben. Es kann aber auch, von diesem Falle abgesehen, der Tod des Berechtigten unter Umständen als „ein wichtiger Grund" zum Rücktritt vom Vertrage im Sinne des § 626 zu betrachten sein. (Vgl. Mot. II S. 465.)

§ 627. Hat der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so ist die Kündigung auch ohne die im § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig.

Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund

zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

1. Auch ohne das Vorhandensein, bezw. ohne den Nachweis eines „wichtigen Grundes" (§ 626) ist, wenn es sich um Dienste höherer Art, wie die der Aerzte, Lehrer, Rechtsanwälte handelt, eine sofortige fristlose Kündigung nach § 627 (II § 565) gestattet, da nach der Natur der betr. Vertragsverhältnisse keinem der beiden Theile die Fortsetzung des Vertrages zugemuthet werden kann, wenn das persönliche Vertrauen erschüttert ist. (Denkschr. S. 81.) Vgl. Bemrk. 2 zu § 611.

2. Der I. Entwurf statuirte in dem dem § 627 entsprechenden § 566 das Recht der Vertragschließenden, vor Ablauf der vereinbarten Dienstzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von dem Vertrage zurückzutreten. Auf Antrag der Redaktionskommission ist bei der 2. Lesung des Entw. an Stelle eines solchen Rücktrittsrecht ein „Kündigungsrecht" ohne Einhaltung einer Frist hier beim Dienstvertrage und ebenso auch beim Miethvertrage (§§ 542, 553, 554) gesetzt worden. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 92, 97, 385.) Es handelt sich hierbei nur um eine formale Aenderung.

§ 628. Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältniß auf Grund des § 626 oder des § 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung verlangen. Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles dazu veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Theiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen in Folge der Kündigung für den anderern Theil kein Interesse haben. Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 § 410 kann der von einem Vertrage über Handlungen wegen contractwidrigen Verhaltens des andern Theils Zurücktretende für den „bis zum Zeitpunkt des erklärten Rücktritts wirklich entstandenen Schaden" Ersatz verlangen. — Eine solche Beschränkung der Schadensersatzpflicht erschien nicht angemessen. (Mot. II S. 470.)

§ 629. Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

Die Bestimmung ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 50) hinzugefügt worden, indem bei einer im gewöhnlichen Leben so häufig praktisch werdenden Frage eine ausdrückliche Regelung wünschenswerth erschien, wenngleich die in § 629 statuirte Verpflichtung sich schon nach dem Grundsatze der Auslegung der Verträge nach Treue und Glauben und nach der Vertragssitte von selbst ergiebt.

Die Aufnahme einer analogen Bestimmung betreffs der Wohnungsmiethe wurde nicht für angemessen erachtet. Es wurde dabei allerdings die Verpflichtung des Miethers allseitig anerkannt, nach erfolgter Kündigung dem Vermiether die Vorweisung der Wohnung an Miethsuchende in angemessener Zeit zu gestatten; wolle man dies aber ausdrücklich im Gesetze aussprechen, so seien auch Vorschriften über die Zeit für die Besichtigung oder Reparatur der Wohnung zu treffen, und die Entscheidung hierüber sei besser dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle zu überlassen (Bericht der R. T. Kommission S. 50).

§ 630. Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses kann der Verpflichtete von dem anderen Theile ein schriftliches Zeugniß über das Dienstverhältniß und dessen Dauer fordern. Das Zeugniß ist auf Verlangen auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken.

Die in den II. Entw. § 568 aufgenommene Vorschrift des § 630 verallgemeinert im Interesse der Dienstleistenden überhaupt eine Bestimmung, die für das Arbeitsverhältniß der gewerblichen Arbeiter bereits in der Gewerbe-Ordn. (§ 113) und für das Gesindedienstverhältniß in vielen Gesindeordnungen, z. B. in der Preuß. vom 8. November 1810 § 171 gegeben ist.

Die Vorschrift ist aber nur für dauernde Dienstverhältnisse gegeben, da sie sonst ohne Bedürfniß zu großen Belästigungen für den Dienstgeber führen könnte. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 388.)

Siebenter Titel.

Werkvertrag.

§ 631. Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

1. Während beim Dienstvertrage (locatio conductio operarum) die Dienste oder die Arbeit an und für sich den Gegenstand des Vertrages bilden, hat der Werkvertrag (locatio conductio operis) das Arbeitsprodukt, bezw. den durch die Arbeit oder die Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg zum Gegenstande.

Bei der Begriffsbestimmung des Werkvertrages und bei der sich danach ergebenden Rechtsgestaltung hat das B. G. B. sich dem Röm. und gem. Recht und dem diesem folgenden Sächs. B. G. B. (§ 1243 ff.) angeschlossen. Es erstreckt danach den Begriff des Werkvertrages nicht nur auf Verträge über die Herstellung oder Aenderung einer Sache, sondern auch auf Verträge, welche einen anderweiten durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg zum Gegenstande haben. „Den Vorschriften über den Werkvertrag unterliegen hiernach insbesondere auch entgeltliche Verträge über die Beförderung von Personen und Sachen, soweit sie nicht durch das Handelsgesetzbuch oder andere Reichsgesetze geregelt sind, sowie über wissenschaftliche und künstlerische Leistungen" (Denkschr. S. 82).

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 920 ff., 925 ff. unterscheidet Verträge, wodurch „Werkmeister oder Künstler zur Verrichtung einer gewissen Arbeit gedungen werden" und „Verträge über ein verdungenes Werk", wenn nämlich „ein Werkmeister oder Künstler nicht bloß zu einer Arbeit gedungen, sondern ihm ein ganzes Werk in Pausch und

Bogen angedungen worden". — Wenn hiernach auch nicht nur die Herstellung einer neuen Sache, sondern auch die Bearbeitung (Aenderung, Verbesserung, Reparatur) einer Sache nach Preuß. Recht den Gegenstand eines Werkvertrages bilden können [1]), so liegt doch nach Preuß. Recht ein Werkvertrag nur dann vor, wenn es sich um ein „Werk", eine materielle Arbeitsproduktion handelt, nicht aber um einen anderweiten durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg [2]), wie z. B. bei der Personen- oder Waaren-Beförderung. — Auch das Französ. Recht (code civil art. 1779, 1787 ff.) betrachtet als Gegenstand eines Werkvertrages nur die Herstellung einer Sache (eines Werkes), nicht die Herbeiführung eines anderweiten Arbeits-Erfolges.

2. Ob ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag (wie das Sächs. B. G. B. ihn nennt, Verdingungs-Vertrag) vorliegt, ist im concreten Falle oft schwer zu unterscheiden. „Dies ist ein Uebelstand, welcher, — meinen die Motive II S. 507 — in der Natur der Dinge liegt und sich nicht vermeiden läßt".

Der Hinweis des Gesetzes (§ 631) auf die Erzielung eines Arbeitserfolges giebt für die Entscheidung wenig Anhalt. Auch der Umstand bildet kein Merkmal, ob die Vergütung in Pausch und Bogen für das fertige Werk als ein Ganzes bedungen worden [3]) (vgl. § 641 Abs. 1 Satz 2) oder ob die Vergütung nach Zeit oder als Stücklohn vereinbart worden ist. Auch bei einfachen Handwerker- und Arbeiter-Dienstleistungen und bei ihrer Vergütung nach Zeit oder Stücklohn kommt es häufig vor, daß der Dienstleistende durch seine Thätigkeit einen bestimmten Erfolg herbeizuführen hat; aber der zu einer solchen Arbeitsverrichtung Angenommene hat nur für ordnungsmäßige, sorgfältige Ausführung der ihm übertragenen Arbeit zu haften (vgl. § 276), während derjenige, der die Ausführung eines „Werkes" übernommen hat, auch ohne Obwalten eigenen Verschuldens für die tüchtige Herstellung des Arbeitsprodukts aufzukommen und demzufolge bis zur Abnahme bezw. bis zur Vollendung des Werkes die Gefahr zu tragen hat. (Vgl. §§ 631, 633, 636, 644, 646.)

Wenn z. B. ein Werkmeister eine bestimmte Dampfkessel-Reparatur übernommen hat, so kann ein solcher Vertrag wie nach Preuß. Recht [4]) so auch nach dem B. G. B. ein Werkvertrag oder auch ein Dienstvertrag sein (vgl. A. L. R. a. a. O. §§ 920 f, 925). In beiden Fällen hat der Werkmeister die Reparatur ordnungsmäßig auszuführen, den Dampfkessel brauchbar wiederherzustellen. Der Unterschied zwischen beiden Vertragsarten zeigt sich aber z. B. darin, daß, wenn ein Werkvertrag vorliegt, der Werkmeister in Folge der Tragung der Gefahr seines Anspruchs auf die Gegenleistung verlustig gehen kann (vgl. § 323), während bei einem Dienstvertrage die Dienste und Arbeiten, welche bis zum Eintritt der zufälligen Unmöglichkeit der weitern Vertragserfüllung geleistet worden sind, verhältnißmäßig zu vergüten sind (§ 323, vgl. auch § 616).

§ 632. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

---

[1]) Vgl. Urth. des R. G. vom 24. September 1883, Entsch. Bd. 10 S. 204 f.

[2]) Das vorm. R. O. H. G. hat dies allerdings in einem Urtheil vom 1. Mai 1878 (Entsch. Bd. 23 S. 320 f.) angenommen und demgemäß die Ansicht vertreten, es könne nach Preuß. Recht auch der Frachtvertrag unter den Begriff des Werkvertrages subsumirt werden. Diese Ansicht entspricht aber nicht der im Preuß. Recht herrschenden Auffassung.

[3]) Eine solche Pauschalpreisabrede ist mehrfach, z. B. vom Ob. Trib. in seinem Urtheil vom 4. März 1856 (Striethorst, Archiv Bd. 20 S. 240 ff.) zum Begriff des Werkvertrages nach Preuß. Recht für erforderlich erklärt worden. Vgl. dagegen das cit. Urth. des R. G. vom 24. September 1883, ferner das Urth. vom 7. April 1884, Entsch. Bd. 11 S. 263, 265 f.

[4]) Vgl. das cit. Urtheil des R. G. vom 24. September 1883.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Der 2. Absatz des § 632 ist im II. Entw. § 570 hinzugefügt worden.

§ 633. Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnißmäßigen Aufwand erfordert.

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Die Haftung des Unternehmers wegen der in § 633 Abs. 1 gedachten Mängel und wegen zugesicherter Eigenschaften ergiebt sich aus der Natur des Werkvertrages.

Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 947, 951—953 kann der Besteller des Werkes, wenn es untüchtig ist, entweder vom Vertrage abgehen, also die Annahme verweigern oder Schadloshaltung fordern; hat aber der vorhandene Fehler keinen wesentlichen Einfluß auf den Gebrauch der Sache, so findet „nur Minderung des bedungenen Preises oder Schadloshaltung statt"; nur „bei Werken, die zur Pracht und Zierde dienen", kann der Besteller, wenn in ihrer „äußerlichen Gestalt und Form" ein erheblicher, wenn auch den Gebrauch an sich nicht hindernder Fehler begangen worden, vom Vertrage abgehen oder Schadensersatz verlangen, und dies gilt auch, wenn der Sache eine ausdrücklich vorbedungene, wenngleich an sich unwesentliche Eigenschaft mangelt.

Aus Billigkeitsgründen ist dem Besteller das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen, dann versagt, wenn diese Beseitigung (z. B. bei einem Baue) unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde. In dieser Beziehung steht das B. G. B. dem Standpunkt des Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 947 ff.) nahe, wonach der Besteller nicht für berechtigt erklärt ist, eine vertragsmäßige Neuherstellung oder Umarbeitung des mangelhaften Werkes zu verlangen.

§ 634. Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muß so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.

Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn

die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Werth oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert.

Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung.

Neben dem im Anschluß an das gem. Recht und an das Sächs. B. G. B. § 1247 dem Besteller gewährten Rechte, die Beseitigung des Mangels zu verlangen, ist ihm nicht von vornherein auch noch das (wahlweise) Recht der Rückgängigmachung des Vertrages oder der Vergütungs-Minderung eingeräumt worden, da ein Bedürfniß, dem Besteller zugleich diese Rechte zuzusprechen, nicht vorliegt und die chikanöse Ausübung dieser Rechte namentlich bei leicht zu beseitigenden Mängeln zu besorgen wäre. (Mot. II S. 479, Denkschr. S. 83.)

Auf Beseitigung des Mangels kann auch geklagt werden. Der Besteller könnte dann nach § 283 dem Unternehmer nach dessen rechtskräftiger Verurtheilung eine Frist zur Beseitigung des Mangels bestimmen und nach deren Ablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieser umständliche Weg ist nun nach § 634 nicht erforderlich; vielmehr kann der Besteller dem Unternehmer sofort und ohne richterliche Mitwirkung eine solche Frist bestimmen und nach deren Ablauf vom Vertrage zurücktreten oder Minderung der Gegenleistung verlangen, und zwar ohne Unterschied, ob dem Unternehmer ein Verschulden zur Last fällt oder nicht.

§ 635. Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

1. Die Bestimmung entspricht dem gem. und Preuß. Recht (A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 318, 320, Tit. 11 §§ 947, 951.)

Der Unternehmer ist schadensersatzpflichtig wegen seines eigenen oder seiner Hülfspersonen Verschuldens (§§ 276, 278) oder wenn er ein Garantieversprechen geleistet hat.

2. Der Schadensersatz-Anspruch ist dem Besteller nicht, wie im I. Entw § 569 Abs. 3, neben dem Wandelungs- oder Minderungs-Anspruch, sondern nur statt desselben gewährt, so daß der Besteller, wenn er einmal für die Geltendmachung des Schadensersatzes sich entschieden hat, nicht mehr auf den Minderungs- oder Wandelungsanspruch zurückgreifen kann. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 391.)

Im Fall der Zusicherung einer Eigenschaft ist beim Werkvertrage nicht — wie bei der Veräußerung einer individuell bestimmten Sache (§ 463) — ein Garantieversprechen vom Gesetze unterstellt worden; es findet also wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft beim Werkvertrage nicht — wie beim Kauf (§ 463) — ohne weiteres, ohne Rücksicht auf Verschulden Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt; vielmehr geht das Gesetz (nach den Mot. II S. 480) von der Auffassung aus: „der Uebernehmer[1]), welcher eine bestimmte Eigenschaft des Werkes verspricht, übernimmt damit, von besonderen Umständen des Falles abgesehen, nur eine gewöhnliche Leistungspflicht, welche nach den allgemeinen Regeln über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung und die Folgen der Nichtleistung — (vgl. §§ 280 ff., 323—326) — beurtheilt werden muß".

---

[1]) Im II. Entw. ist statt des im I. Entw. gebrauchten Wortes: „Uebernehmer" die Bezeichnung: „Unternehmer" gewählt worden.

§ 636. Wird das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung; an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung tritt das Recht des Bestellers, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt.

Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast.

1. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 938 steht es dem Besteller frei, vom Vertrage zurückzutreten, „wenn das Werk mit dem Ablaufe der ausdrücklich bestimmten Zeit durch die Schuld des Werkmeisters oder durch einen in dessen Person sich ereignenden Zufall nicht abgeliefert wird.

Das Sächs. B. G. B. (§ 1243 Satz 2 in Verbindung mit §§ 1233, 1192, 865) giebt allgemein wie beim Dienstvertrage „im Zweifel" dem Besteller ein Rücktrittsrecht, wenn der Werkvertrag nicht in der bestimmten Zeit erfüllt wird. Dies ist auch nach Französ. Recht (art. 1184) anzunehmen; der Richter kann danach aber dem Unternehmer eine Frist nach Maßgabe der Umstände bewilligen.

Das B. G. B. § 636 hat mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß dem Besteller ein über die allgemeinen Grundsätze hinausgehendes, also insbesondere nicht ein Verschulden des Unternehmers voraussetzendes Rücktrittsrecht gewährt. — Der Besteller hat dabei zuvörderst gemäß § 634 dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist zu bestimmen, sofern eine solche Bestimmung nicht von vornherein als unnöthig sich darstellt (§ 634 Abs. 1, 2). Ist die Fristbestimmung vergeblich gewesen oder unnöthig, so kann der Besteller vom Vertrage zurücktreten, wenn es sich nicht um einen unerheblichen Mangel (§ 634 Abs. 3) handelt; er kann ferner auch wahlweise Minderung der Vergütung verlangen. Erfolgt der Rücktritt wegen eines vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstandes, so haftet derselbe nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 327, 812 ff.); andernfalls ist er nach den allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig (§§ 636 Abs. 1, 286, 326).

2. Soll dem Vertrage zufolge die Leistung des Unternehmers „genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist" bewirkt werden, so ist, wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, der Besteller auch nach der für sogen. „Fixgeschäfte" gegebenen Vorschrift des § 361 ohne weiteres, ohne Nachfristbewilligung zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt. — Auch kann der Besteller gegenüber der Klage des Unternehmers die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß §§ 320 ff. erheben.

§ 637. Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt.

Statt des bloßen Verschweigens (I § 570 Abs. 2) ist auch hier wie in §§ 443, 460 ꝛc. im II. Entw. § 575 arglistiges Verschweigen zur Voraussetzung der Vorschrift gemacht worden.

§ 638. Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren, sofern nicht der

Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstücke in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes.

Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

§ 639. Auf die Verjährung der im § 638 bezeichneten Ansprüche des Bestellers finden die für die Verjährung der Ansprüche des Käufers geltenden Vorschriften des § 477 Abs. 2, 3 und der §§ 478, 479 entsprechende Anwendung.

Unterzieht sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebniß der Prüfung dem Besteller mitgetheilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

1. Die Bestimmungen bezüglich der Verjährung beim Werkvertrage (§§ 638, 639) sind den für den Kaufvertrag gegebenen (§§ 477—479) nachgebildet.

In Abweichung vom I. Entw. § 571 ist an den Ablauf der Verjährungsfrist nur der Verlust des Klage-Rechts geknüpft, nicht auch der Verlust des Rechts, den Anspruch auf Wandelung oder Minderung durch Einrede (verhältnißmäßige Verweigerung der Gegenleistung, § 478) geltend zu machen. Diese Befugnisse muß aber der Besteller sich dadurch wahren, daß er vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Anzeige von dem Mangel an den Unternehmer absendet oder Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem den Mangel des Werkes betreffenden Processe mit einem spätern Erwerber des Werkes dem Unternehmer den Streit verkündet (§ 478). Hat der Besteller eine dieser Handlungen vorgenommen, so kann er auch seinen Anspruch auf Schadensersatz nach der Vollendung der Verjährung durch Aufrechnung (Compensation) gemäß § 479 geltend machen.

Bei arglistigem Verschweigen ist die ordentliche Verjährung maßgebend, und es kann alsdann auch nach Ablauf dieser Verjährung die Einrede, bezw. Aufrechnung gemäß §§ 478, 479 geltend gemacht werden, ohne daß es der erwähnten Mängel-Anzeige oder der Vornahme einer der ihr gleichgestellten Handlungen bedarf. (Vgl. Bemrk. 3 zu § 477 und Bemrk. zu § 478.)

2. Die vertragsmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist (§ 638 Abs. 2) ist — wie beim Kauf (§ 477 Abs. 1) — zeitlich unbeschränkt gestattet, nicht nur, wie im I. Entw. § 571 Abs. 3, „bis zur ordentlichen Verjährungsfrist".

3. Macht der Besteller einen der ihm zustehenden Ansprüche — auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz — geltend, so könnten unter Umständen die andern Ansprüche verjährt sein, wenn die zunächst erhobene Klage etwa aus formellen Gründen abgewiesen wird, weil z. B. das Werk beim Besteller beschädigt worden ist und deshalb nicht mehr zurückgenommen zu werden braucht. Gegen eine derartige Eventualität trifft die Bestimmung Vorsorge, daß wie beim Kaufe so auch beim Werkvertrage die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung des einen Anspruchs auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der andern Ansprüche bewirkt (§ 639 Abs. 1 in Verbindung mit § 479 Abs. 3). Vergl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 394. — Außerdem tritt eine Hemmung der Verjährung beim Werkvertrage (nicht auch beim Kaufe) in den in § 639 Abs. 2 gedachten Fällen ein.

4. Die Rechtslage des Bestellers betreffs der Mängel des Werkes ist wie die des Käufers nach dem B. G. B. erheblich ungünstiger gestaltet, als nach dem Preuß. A. L. R. (Vgl. § 463 und Bemrk. 3 dazu.) Nach dem B. G. B. hat nämlich der Unternehmer nur wegen Arglist (arglistigen Verschweigens) beim Vertragsabschlusse (dolus in contrahendo)

Schadensersatz zu leisten, nicht auch wegen eines dabei begangenen Versehens (culpa in contrahendo). Demgemäß findet die in § 638 festgesetzte kurze Verjährung auch bei obwaltendem Versehen (Fahrlässigkeit) des Unternehmers statt, insbesondere auch bei einem wissentlichen, wenn nur nicht gerade nachweisbar arglistigen Verschweigen, und daß ein solches Verschweigen ein arglistiges gewesen sei, wird sich (auch bei der freien Beweiswürdigung nach § 259 der C. P. O.) vielfach nur schwer oder gar nicht beweisen lassen. — Nach Preuß. Recht ist dagegen die Vertragsklage begründet, wenn der Mangel des Werkes überhaupt auf einem Verschulden des Unternehmers beruht. Demgemäß findet die für Gewährleistungs-Ansprüche bestimmte kurze Verjährung dann nicht statt, wenn es sich um ein solches contractliches Verschulden handelt. Vgl. Urth. des R. G., Gruchot Beitr. Bd. 28 S. 909 ff.

Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 343, 345 beträgt bei Gewährleistungs-Ansprüchen, bei denen ein Verschulden des Verpflichteten nicht vorausgesetzt wird, die Frist für die Verjährung der Klage (nicht auch der Einrede) bei Landgütern 3 Jahre, bei städtischen Grundstücken ein Jahr und bei beweglichen Sachen 6 Monate. Bei Bauwerken aber, — für welche auch das B. G. B. § 638 eine besondere Verjährungsfrist von 5 Jahren festsetzt, — verjähren die Ansprüche des Bauherrn wegen solcher Fehler, welche aus der Bauart und in Folge Nicht-Beobachtung von Regeln der Kunst entstanden sind, in 3 Jahren nach der Uebergabe, während für Ansprüche, welche in der schlechten Beschaffenheit der Materialien ihren Grund haben, die gewöhnliche Verjährungsfrist maßgebend ist. — Das Französ. Recht (code civil art. 1792, 2270) erklärt den Baumeister und die Bauunternehmer während 10 Jahre für haftbar.

Die im B. G. B. festgesetzte Frist von 5 Jahren erschien nach den Mot. II S. 489 deshalb angemessen, weil nach den bei der Berathung des Dresdener Entwurfs eines B. G. B. zur Sprache gekommenen Ermittelungen „bei Bauwerken, welche auf die Dauer, d. h. nicht zu vorübergehenden Zwecken aufgeführt sind, Mängel der Konstruktion und des Materials des Bauwerks regelmäßig innerhalb fünf Jahren zu Tage treten und deshalb Einstürze, welche nach fünf Jahren seit der Vollendung erfolgen, regelmäßig nicht auf einer fehlerhaften Ausführung des Baues, sondern auf anderen Ursachen beruhen".

§ 640. Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

1. Die „Abnahme" soll in § 640 eine „Annahme als Erfüllung" im Sinne des § 363 und mit den dort bestimmten Wirkungen bezeichnen, während in den den Kauf betreffenden §§ 433 und 448 „Abnahme" die thatsächliche Uebernahme (Empfangnahme) der Sache im Gegensatz zum juristischen Akt der „Uebergabe" bedeutet. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 395.)

2. Durch die vorbehaltlose Abnahme eines mangelhaften Werkes (§ 640 Abs. 2) werden nur die Ansprüche wegen der Fehler, welche der Besteller kennt, ausgeschlossen, nicht aber auch die Ansprüche wegen der dem Besteller in Folge seiner wenn auch groben Fahrlässigkeit unbekannt gebliebenen Mängel (also anders als beim Kauf, § 460 Satz 2). Es war hierbei die Erwägung maßgebend, daß der Unternehmer regelmäßig Sachverständiger ist oder doch als solcher sich behandeln lassen muß, während der Besteller gewöhnlich nicht Sachverständiger ist, also, falls er alsbald zur Wahrung seiner Ansprüche

das Werk prüfen müßte, genöthigt wäre, sich auf fremdes Urtheil zu verlassen. Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 395. (S. auch Bemrk. 1 zu § 460.)

3. Der I. Entw. § 572 enthielt die Bestimmung:

„Wegen eines den Werth oder die Tauglichkeit nur in unerheblichem Maße verringernden Mangels kann er (der Besteller) die Abnahme nicht verweigern".

Dieser Satz ist in der 2. Lesung des Entw. gestrichen worden, indem dabei die Erwägung maßgebend war, daß der Besteller tadellose Arbeit verlangen könne und deshalb auch berechtigt sein müsse, die Beseitigung auch unerheblicher Mängel zu verlangen und, bis sie erfolgt ist, die Gegenleistung zu verweigern. Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 395. — Die Unerheblichkeit eines Mangels hat also nur die besondere Wirkung, daß dann das Recht der Wandelung ausgeschlossen ist (§ 634 Abs. 3).

§ 641. Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Theilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Theile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Theil bei dessen Abnahme zu entrichten.

Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

Die hinsichtlich der Verzinsung getroffene Bestimmung des § 641 Abs. 2 entspricht der für den Kauf gegebenen Vorschrift des § 452. Eine gleiche Bestimmung enthielt der I. Entw. (§§ 467, 573 Abs. 3) betreffs des Kaufs und auch bezüglich des Werkvertrages, die Bestimmung wurde aber in der 2. Lesung des Entw. bezüglich beider Vertragsarten gestrichen, indem sie der Auffassung des Verkehrs nicht entsprechend erschien. Vom Bundesrath ist dann die Vorschrift für den Werkvertrag und auch für den Kauf (§ 452) wiederhergestellt worden.

§ 642. Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

§ 643. Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt.

Die Vorschrift des § 643 ist in den II. Entw. aufgenommen worden. Sie beruht auf der Erwägung, daß es der im Annahmeverzuge befindliche Besteller dem Unternehmer nicht zumuthen könne, sich auf unbestimmbare Zeit zur Ausführung des Werkes bereit zu halten (v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 396, 397).

Bezüglich der Ansprüche des Unternehmers im Falle der Vertrags-Aufhebung vgl. § 645 Abs. 1 Satz 2.

§ 644. Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem andern Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung.

1. Der Grundsatz, daß der Unternehmer bis zur Abnahme (Uebergabe) die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werkes zu tragen hat, entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 960 und dem Französ. Recht (code civil art. 1790); bezüglich der Bauten enthält aber das Preuß. A. L. R. (a. a. O. § 967) die besondere Bestimmung, daß der Verlust den Bauherrn trifft, wenn der Schaden (Einsturz ꝛc.) „durch einen bloßen Zufall oder durch einen solchen Fehler entstanden" ist, „welchen der Baumeister als Kunstverständiger nicht hat voraussehen können". — Im gem. Recht ist die Frage streitig.

Nach dem B. G. B. kann der Unternehmer in Folge des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des Werkes — abgesehen von den Fällen des § 645 — keine oder nur eine verringerte Gegenleistung beanspruchen, ebenso auch nicht Ersatz der von ihm gemachten Auslagen (für Materialien ꝛc.). Die Tragung der Gefahr erstreckt sich aber nicht auf die vom Besteller gelieferten Materialien (§ 644 Abs. 1 Satz 3).

2. Die Vorschrift des § 644 Abs. 2, betreffend das Tragen der Transportgefahr, ist in den II. Entw. § 580 aufgenommen worden. Die Gefahr geht danach auf den Besteller über, sobald die Sache dem Spediteur ꝛc. behufs Versendung übergeben ist; der Unternehmer haftet aber gemäß § 447 Abs. 2 für eine nicht dringend gebotene Abweichung von der vom Besteller angeordneten Versendungsart. Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, der Schuldner habe nur am Erfüllungsorte zu leisten, übernehme er auf Verlangen des Bestellers die Sorge für die Versendung an einen andern Ort, so sei darin nicht eine Erweiterung seiner Hauptverbindlichkeit zu finden, vielmehr übernehme er nur die Besorgung der Versendung wie ein Beauftragter und willige darin, daß der Besteller die Sache am Bestimmungsorte abnehme. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 397 f.)

§ 645. Ist das Werk vor der Abnahme in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer von dem Besteller für die Ausführung ertheilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.

Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

1. Die Vorschrift des § 645 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich nur auf den in den dort gedachten Fällen durch Zufall veranlaßten Untergang, die Verschlechterung oder Unausführbarkeit des Werkes. Hat der Unternehmer bei der ihm obliegenden Prüfung des Materials oder der Ausführungsweise ein vertretbares Versehen begangen, so liegt ein nach den allgemeinen Grundsätzen — (vgl. § 645 Abs. 2) — zu beurtheilender verschuldeter Untergang des Werkes vor, § 645 Abs. 1 kommt dann also nicht zur Anwendung (Mot. II S. 502).

2. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 957, 958 hat der Werkmeister für einen Fehler, der aus der Beschaffenheit der vom Besteller des Werkes gelieferten Materialien entstanden ist, im Allgemeinen nur dann zu haften, „wenn dieselben zu der bestellten Arbeit offenbar untüchtig waren und er den Besteller deshalb nicht gewarnt hat; hat aber der Besteller über die von ihm angeschafften Materialien das Urtheil des Werkmeisters verlangt, „so haftet Letzterer bei dieser Beurtheilung nur für ein mäßiges Versehen". — Das Sächs. B. G. B. § 1248 versagt dem Uebernehmer in dem in § 645 gedachten Falle den Anspruch auf die Gegenleistung und auf Auslagen-Ersatz, wenn der den Untergang des Werkes verursachende Fehler der vom Besteller gelieferten Materialien oder der von ihm vorgeschriebenen Ausführungs-Art dem Uebernehmer bekannt war „und er den Besteller darauf aufmerksam zu machen unterließ".

Das B. G. B. hat die Prüfungspflicht des Unternehmers betreffs der vom Besteller gelieferten Materialien oder der von ihm vorgeschriebenen Ausführungsweise nicht geregelt. Eine allgemeine Beantwortung der Frage erschien nicht angängig. „In vielen Fällen — meinen die Mot. II S. 486 — wird sie bejaht, in anderen verneint werden müssen. Sie wird zu bejahen sein, wenn der Uebernehmer auch für die Prüfung des Stoffes als Sachkundiger erscheint und der Werkvertrag die Auslegung gestattet, daß der Besteller auf eine solche Prüfung hat rechnen dürfen, während sie zu verneinen sein wird, wenn umgekehrt in Betreff jener Prüfung der Besteller als der Sachkundige sich ergiebt, welcher eine sachverständige Nachprüfung von Seiten des Uebernehmers nicht hat erwarten dürfen, wie z. B. in vielen Fällen, wenn ein Fabrikant einem Arbeiter den in der Fabrik hergestellten Stoff zur Bearbeitung überliefert".

Diese allgemeinen Bemerkungen gewähren für die im concreten Falle zu treffende Entscheidung wenig Anhalt. Bemerkt der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit, bezw. Untauglichkeit der vom Besteller gelieferten Materialien oder den Fehler der angeordneten Ausführungsart, so wird er den Besteller, auch wenn derselbe sachkundig ist und eine Nachprüfung Seitens des Unternehmers nicht erwartet hat, doch auf den ihm, dem Unternehmer, bekannten Fehler aufmerksam zu machen haben; denn es kann doch nicht angenommen werden, daß der Besteller eine Ausführung des Werkes mit fehlerhaftem Material oder auf unsachgemäße Weise gewollt habe. Es wird also die erwähnte Bestimmung des Sächs. B. G. B. § 1248, wenn auch ihre gesetzliche Geltung nach dem B. G. B. (vgl. Art. 55 des Einf.-Ges.) aufhört, doch als innerlich gerechtfertigt und den allgemeinen Grundsätzen des B. G. B. entsprechend im Allgemeinen für maßgebend zu erachten sein. Als Verschulden des Unternehmers wird es ferner auch zu betrachten sein, wenn er die Ausführung der Arbeit mit offenbar untüchtigem vom Besteller gelieferten Material ohne weiteres, ohne den Besteller auf die Untüchtigkeit hinzuweisen, übernimmt. (Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 957.) Allerdings wird der Unternehmer dabei auch im concreten Falle geltend machen können, daß ein Hinweis, eine Warnung seinerseits nicht erforderlich gewesen sei, da der Besteller selbst die Fehlerhaftigkeit des Materials gekannt, dessen ungeachtet aber die Ausführung des Werkes gewollt habe.

3. Nach § 645 Abs. 1 Satz 2 kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Auslagen-Ersatz auch dann fordern, wenn der Besteller im Sinne des § 642 im Annahmeverzug ist und der Vertrag deshalb gemäß § 643 aufgehoben wird. Auch in diesem Falle bleiben die dem Unternehmer aus einem Verschulden des Bestellers entstandenen weitergehenden Ansprüche bestehen.

§ 646. Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt in den Fällen der §§ 638, 641, 644, 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

Der § 646 bezieht sich insbesondere auf die Fälle, wenn Gegenstand des Werkvertrages

nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern „ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg" ist. (Vgl. § 631 Abs. 2.)

§ 647. Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

Die Bestimmung entspricht der Vorschrift des § 41 Nr. 6 der Konk.-Ordn., welche durch das Preuß. Ausführ.-Ges. zur Konk.-Ordn. § 7 sowie durch andere Landesgesetze auch auf das Verhältniß der betr. Gläubiger zu anderen Gläubigern des Bestellers außerhalb des Konkurses ausgedehnt worden ist.

§ 648. Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Theiles eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

1. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 971 f. gewährt dem Werkmeister das Recht, auf dem Baugrundstücke eine Hypothek wegen seiner Forderungen „in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten" „auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners" eintragen zu lassen. In gleicher Weise ist in Bayern und Württemberg den Baugewerksmeistern und Bauhandwerkern eine dingliche Sicherheit wegen ihrer Forderungen aus dem Werkvertrage eingeräumt.

Der I. Entw. enthält eine solche Bestimmung nicht. Die Vorschrift des § 648 ist erst in den II. Entw. § 583 Abs. 2 aufgenommen worden. Sie ist aber, wie die in großen Städten, namentlich in Berlin gemachten Erfahrungen gezeigt haben, nach den jetzigen Verhältnissen durchaus nicht genügend, um den Bauhandwerkern gegen schwindlerische Ausbeutung der Früchte ihrer Arbeit den anerkannt nothwendigen gesetzlichen Schutz zu gewähren.

In der R. T. Kommission (Bericht S. 51 f.) war denn auch vom Abgeordn. Gröber (Württemberg) eine Erweiterung der Schutzvorschrift des § 648 (Reg.-Vorl. § 638) beantragt worden[1]), und zwar durch Einschiebung der Worte: „sowie diejenigen, welche *Arbeiten* für das Bauwerk *ausgeführt* oder *Waaren* zum Bauwerk *geliefert* haben, (können für ihre Forderungen rc.).

Es sollte hiernach also das Recht auf Sicherstellung auch denjenigen gewährt werden, welche *nicht unmittelbar mit dem Eigenthümer des Baugrundstücks*, sondern *mit dem Hauptunternehmer* contrahirt haben, ferner auch den *Lieferanten*, auch wenn diese nicht Unternehmer oder Bauhandwerker sind.

Hiergegen wurde Seitens der Reg.-Vertreter und aus der Mitte der Kommission geltend gemacht, die Ausdehnung des Sicherungsanspruchs auf Forderungen für ausgeführte Bauarbeiten überhaupt würde große Schwierigkeiten und Verwirrung herbeiführen, unter Umständen das Grundstück für ein und dieselbe Leistung mit zwei-, ja dreifachen Haftungen belasten und fast mit Nothwendigkeit zur Folge haben, daß die Bauherrn die Bauausführung

---

[1]) Abänder.-Anträge zu dem Entw. des B. G. B. Nr. 35, Drucksachen Nr. 87.

nicht mehr Unternehmern, welche wieder mit Handwerkern arbeiten, sondern Baugesellschaften übertragen würden, die den Bau in eigener Regie auszuführen im Stande seien; eine Schutzvorschrift für Lieferanten von Baumaterialien sei aber nicht erforderlich, da dieselben in der Regel kapitalkräftig genug seien, um ihre Interessen selbst zu wahren, und sie auch nicht wie die Bauhandwerker (s. § 641) vorzuleisten hätten, sich also durch Zurückbehaltung ihrer Leistung sichern könnten.

Der erwähnte Antrag wurde hiernach von der R. T. Kommission „mit großer Majorität" abgelehnt, ebenso auch der damit verbundene Antrag auf Gewährung einer Hypothek statt einer Sicherungshypothek, indem letztere zum Schutze des Bauunternehmers für genügend erachtet wurde.

2. Bei schwindelhaften Baugeschäften gestaltet sich die Sache vielfach in folgender Weise: Ein mittelloser Unternehmer kauft eine Baustelle gegen geringe oder gar keine Anzahlung und es wird der (deshalb auch theure) rückständige Kaufpreis hypothekarisch gesichert; dann werden Hypotheken für die Baugelder eingetragen und wohl auch für Verwandte oder Freunde des Baustellen-Erwerbers Schein-Hypotheken, die dann durch Cession an gutgläubige oder nicht nachweisbar schlechtgläubige Dritte unanfechtbar werden. Kommt es sodann zur Subhastation, so haften die errichteten Bauten als Grundstücks-Substanztheile den Hypotheken-Gläubigern und die Bauhandwerker, für welche die Baugelder gewöhnlich nur zum Theil oder garnicht verwendet sind, erleiden die schwersten Schädigungen.

Der Anspruch auf Hypothekbestellung entsteht nun nach § 648 nicht bereits mit dem Abschlusse des Werkvertrages, sondern erst für die wenn auch noch nicht fällige Vergütung, für die ganz oder theilweise bereits ausgeführten Arbeiten und für die außerdem bereits gemachten Auslagen. Zur Sicherung dieser Forderungen kann der Bauunternehmer auf Grund des § 648 auch gemäß § 883 im Wege einer einstweiligen Verfügung (C. P. O. § 814) eine Vormerkung eintragen lassen, wenn der Besteller die Einräumung einer Hypothek verweigert. Aber auch eine solche Vormerkung nach Ausführung der betr. Arbeiten wird unter den erwähnten Umständen in vielen Fällen zu spät kommen. Einen wesentlich größeren und im Allgemeinen wohl völlig genügenden Schutz würde es dagegen den Unternehmern gewähren, wenn sie von vornherein, nach Abschluß des Bauvertrages, also auch schon für die noch nicht ausgeführten Arbeiten die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen könnten. Eine Benachtheiligung des Hypothekencredits wäre dann wohl nicht zu besorgen und somit auch nicht Gefährdung des Bestellers; denn der Bauhandwerker müßte seine Forderung, für welche die Sicherungs- (Cautions-) Hypothek haftet, beweisen (vgl. §§ 1184, 1190), durch eine Abtretung einer solchen Hypothek an Dritte würde also eine Schädigung des Bestellers, bezw. Grundstücks-Eigenthümers nicht herbeigeführt werden können. Andererseits würden dann wohl auch die Baugeldgeber schon in ihrem eigenen Interesse für eine bestimmungsgemäße Verwendung der Baugelder contractlich Sorge tragen, bezw. sie würden die betr. Zahlungen direkt an die Bauunternehmer 2c., für welche die Cautionshypothek eingetragen ist, leisten und so in deren Rechte eintreten. In dieser Weise würde es ohne Beeinträchtigung berechtigter Interessen (insbesondere der Gläubiger der schon früher eingetragenen Hypotheken) erreicht werden können, daß das Produkt der Arbeit der Bauunternehmer nicht, ohne daß sie selbst Befriedigung erlangen, für fremde, nach Abschluß des Bauvertrages eingetragene Forderungen oder gar für Scheinhypotheken in Anspruch genommen wird.

Vertragsmäßig kann in der erwähnten Weise der Bauunternehmer schon jetzt sein Interesse wahren; aber gewöhnlich sind die Unternehmer nach Lage der Verhältnisse genöthigt, dem Besteller ohne Sicherung Credit zu gewähren. Die Möglichkeit des vertragsmäßigen Schutzes genügt also gewöhnlich keineswegs, und auch die Einräumung eines gesetzlichen Titels für eine Cautions-Hypothek würde dann nicht ausreichen, wenn nicht gesetzlich ein Verzicht auf dieses Recht für **unzulässig erklärt wird.**

§ 649. Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Die Vorschrift des § 649 entspricht dem Sächs. B. G. B. § 1252 und dem Französ. Recht (code civil art. 1794). Dasselbe ist auch nach Preuß. Recht, das eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht enthält, der Natur der Sache gemäß anzunehmen, da die Arbeit nur im Interesse des Bestellers erfolgt. (Vgl. Dernburg, Preuß. Pr.-Recht Bd. II § 199.)

§ 650. Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt worden, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und ergiebt sich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Ueberschreitung des Anschlags ausführbar ist, so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grunde kündigt, nur der im § 645 Abs. 1 bestimmte Anspruch zu.

Ist eine solche Ueberschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen.

1. Die erst in den II. Entw. § 585 aufgenommene Bestimmung des § 650 Abs. 1 schließt sich an das Sächs. B. G. B. § 1253 an und entspricht auch einer im gem. und Preuß. Recht vertretenen Ansicht. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthält das Preuß. und Französ. Recht nicht.

Vorausgesetzt ist in § 650 eine vom Unternehmer nicht verschuldete, bezw. nicht zu vertretende wesentliche Ueberschreitung des Kostenanschlages. Der Unternehmer soll dann nicht die volle Vergütung, sondern, wie in den Fällen des § 645 Abs. 1 nur den der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Auslagenersatz verlangen können.

2. Damit die Bestimmung des § 650 Abs. 1 ihren Zweck erreiche, ist zugleich in Abs. 2 der Unternehmer zur unverzüglichen Anzeige der zu erwartenden Anschlags-Ueberschreitung für verpflichtet erklärt, da er in der Regel allein oder doch eher als der Besteller im Stande ist, die Nothwendigkeit der Ueberschreitung des Kostenanschlages zu erkennen und es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er den Besteller solange in Unkenntniß über die Sachlage ließe, daß die zu erstattende Gegenleistung der vollen vertragsmäßigen Vergütung nahe käme. (v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 402.)

3. Der II. Entw. § 685 enthielt die Bestimmung:

> Hat der Unternehmer nicht unverzüglich, nachdem er die zu erwartende Ueberschreitung des Anschlages erkannt hat oder hätte erkennen müssen, von derselben dem Besteller Anzeige gemacht, so ist er zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

Diese Vorschrift war bereits in der Regierungs-Vorlage (§ 640 Abs. 2) durch die Bestimmung des § 650 Abs. 2 ersetzt.

Der Unternehmer hat hiernach für den dem Besteller aus der Verabsäumung oder Verzögerung der ged. Anzeige entstandenen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen zu haften. (Vgl. §§ 276, 278, 254.)

Hat der Besteller selbst von der erfolgten oder zu erwartenden Ueberschreitung des

Kostenanschlags Kenntniß gehabt, so ist die Haftung des Unternehmers wegen Verabsäumung oder Verzögerung der Anzeige ausgeschlossen, da alsdann der etwaige Schaden des Bestellers nicht durch die Unterlassung der Anzeige verursacht worden ist. Vgl. § 254.

§ 651. Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.

Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.

1. Der I. Entw. § 568 enthielt statt des § 651 Abs. 1 (II § 586 Abs. 1) folgende dem gem. Recht entsprechende Bestimmung:

> Hat der Uebernehmer sich verpflichtet, aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe das Werk herzustellen und dem Besteller zu liefern, so finden auf den Vertrag, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist, die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung.

Die Kommission für die 2. Lesung des Entw. erwog dagegen, daß die Anwendung der Grundsätze über den Kauf hier zu dem unbilligen Ergebnisse führen würde, daß der Besteller eine nachträgliche Verbesserung der fehlerhaften Leistung gemäß § 462 (vgl. Bemrk. dazu) auch in solchen Fällen nicht würde anzunehmen brauchen, wo dem Unternehmer eine solche Verbesserung trotz der ihm obliegenden Beschaffung des Stoffes nach dem Sinne des Vertrages gestattet bleiben müsse. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 403.)

Das Gesetz unterscheidet nun beim Werklieferungsvertrage (§ 651), ob es sich um die Herstellung vertretbarer oder nicht vertretbarer Sachen handelt. In allen diesen Fällen hat der Unternehmer dem Besteller, wie der Verkäufer beim Kaufe die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen. Auch im Uebrigen wird der Vertrag über die Lieferung vertretbarer Sachen — in Uebereinstimmung mit dem bisher. H. G. B. Art. 338 — lediglich nach den Vorschriften über den Kauf beurtheilt; denn bei solchen Verträgen tritt im Verkehr des täglichen Lebens die Auffassung zurück, daß es sich um eine Arbeitsleistung des Unternehmers handle; bei solchen Sachen, die viele Abnehmer haben und daher vielfach auf Vorrath angefertigt werden, begründet es in der allgemeinen Verkehrs-Anschauung keinen Unterschied, ob dem Besteller eine für ihn erst hergestellte oder eine schon vorhandene Sache geliefert wird. (Vgl. Denkschrift S. 84.)

Ist dagegen eine nicht vertretbare Sache aus vom Unternehmer zu beschaffendem Material herzustellen, so kommt derselbe dadurch, daß er contractlich zur Verarbeitung des Materials für den Besteller verpflichtet ist, zu letzterem in eine ähnliche rechtliche Beziehung wie beim Werkvertrage. Andererseits ist der Unternehmer wie beim Kaufe verpflichtet, dem Besteller die vertragsmäßig hergestellte Sache zu übergeben und ihm das Eigenthum an derselben zu verschaffen; insofern ist also auch der auf Herstellung einer nicht vertretbaren Sache gerichtete Vertrag dem Kaufvertrage ähnlich. Demzufolge hat das Gesetz (§ 650 Abs. 1 Satz 2) die Rechtsverhältnisse hier so geregelt, daß die Vorschriften über den Kauf grundsätzlich für anwendbar erklärt, aber theilweise durch die Vorschriften über den Werkvertrag — mit Ausnahme der hier gegenstandslosen, das Pfandrecht und die Sicherungshypothek des

Unternehmers betreffenden §§ 647 und 648 — abgeändert bezw. ersetzt sind. Abgesehen von dem dem § 651 Abs. 1 Satz 1 entsprechenden § 433 kommen demnach hier von den Vorschriften über den Kauf nicht zur Anwendung die Bestimmungen über den Uebergang der Gefahr, (§ 446 Abs. 1 Satz 1, 447), über die Gewährleistung wegen Mängel (§§ 459, 460, 462 bis 464) und über die Verjährung (§§ 477 bis 479). Der Besteller kann also namentlich wegen eines Mangels der gelieferten Sache nicht, wie beim Kaufe (§ 462), ohne weiteres den Vertrag rückgängig machen oder Preisminderung verlangen, sondern der Regel nach gemäß §§ 633 ff. zunächst nur Beseitigung des Mangels fordern. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 404, Denkschr. S. 84 f.)

Die Rechtsgestaltung nach dem B. G. B. entspricht hiernach im wesentlichen dem Preuß. A. L. R., welches (Th. I Tit. 11 §§ 926, 956 ff., 976 ff.) einen Werkvertrag auch dann für vorliegend erklärt, wenn der Werkmeister die Lieferung des für das herzustellende Werk erforderlichen Materials übernommen hat.

2. Der I. Entw. § 568 Abs. 3 erklärte ausdrücklich die Vorschriften über den Werkvertrag auch dann für anwendbar, „wenn aus dem von dem Uebernehmer zu beschaffenden Stoffe ein Bauwerk auf dem von dem Besteller zu beschaffenden Grund und Boden herzustellen ist".

In der 2. Lesung des Entw. ist diese Vorschrift gestrichen worden, indem sie für den Fall als selbstverständlich betrachtet wurde, wenn das Bauwerk auf einem dem Besteller gehörenden Grund und Boden behufs dauernder Verbindung mit letzterem errichtet werden soll, während andererseits die Bestimmung des § 651 Abs. 1 (II § 586 Abs. 1) in den Fällen zur Anwendung komme, wenn das Bauwerk gemäß § 95 nicht Bestandtheil des Grundstücks wird, indem es nur zu einem vorübergehenden Zwecke (wie z. B. eine Schaubude auf einem öffentlichen Platze) mit dem Grund und Boden verbunden wird. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 404, Reatz I S. 302.)

Achter Titel.

Mäklervertrag.

§ 652. Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag in Folge des Nachweises oder in Folge der Vermittelung des Mäklers zu Stande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt.

Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zu Stande kommt.

1. Das bish. H. G. B. enthält in Art. 66—84 Bestimmungen nur für amtlich bestellte Handelsmäkler (Sensale). Das B. G. B. vom 10. Mai 1897 §§ 93—104 giebt, indem die amtlichen Handelsmäkler beseitigt werden sollen, neue Vorschriften für die Privat-Handelsmäkler. Nach dem Börsengesetze vom 22. Juni 1896 §§ 30 ff. sind aber zur Mitwirkung bei der amtlichen Festsetzung des Börsenpreises von Waaren und Werthpapieren Kursmakler zu ernennen, welche, solange sie ihre Thätigkeit als solche ausüben, die Vermittelung von Börsengeschäften in den betr. Waaren oder Werthpapieren betreiben müssen.

Im gem. Recht wird angenommen, daß der Mäklervertrag als Dienst- oder Werkvertrag oder als Mandat oder als ein nach eigenen Grundsätzen zu beurtheilender unbenannter Vertrag (Innominat-Contract) zu betrachten sei. — Im Preuß. und Französ. Recht sind keine

besondern Bestimmungen über den Mäklervertrag gegeben. Nähere Vorschriften über diesen Vertrag enthält dagegen das Sächs. B. G. B. §§ 1254—1259.

2. Ob der Mäkler zur Aufwendung von Bemühungen im Interesse des Auftraggebers verpflichtet ist, darüber enthält das B. G. B. keine Bestimmung. Das Sächs. B. G. B. § 1255 verneint eine solche Verpflichtung, indem es bestimmt:

> Eine Klage auf Nachweisung oder Vermittelung findet wider den Mäkler nicht statt.

Die Motive (II S. 511) meinen dagegen, daß der Vertrag unleugbar „mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch welchen der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernimmt, an sich trägt"; es sei daher bei der großen Verschiedenheit der Verhältnisse von der Aufstellung einer allgemeinen Vorschrift oder Auslegungsregel in dieser Beziehung abzusehen gewesen; es werde „in jedem einzelnen Falle der Parteiwille aus den konkreten Umständen unter gebührender Berücksichtigung der Verkehrssitte — (vgl. § 242) — ermittelt werden müssen". Besondere Umstände für die Feststellung des Vertragswillens werden aber gewöhnlich nicht vorliegen. Die Entscheidung wird also in solchen Fällen auf allgemeine, aus der Natur der Sache entnommene Erwägungen zu gründen sein.

Im Allgemeinen wird davon auszugehen sein, daß der Mäkler durch den Mäklerververtrag nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet wird. Wenn sich also auch ein processualer Zwang, eine Klage auf Anstellung von Bemühungen nicht mit praktischem Erfolg durchführen läßt, so wird doch der Mäkler — wie dies Art. 81 des bisherigen und § 98 des neuen H. G. B. bezüglich des Handelsmäklers ausdrücklich bestimmt, — den Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden zu haften haben, wenn er z. B. sich über den vermeintlichen Consens der Contrahenten schuldbarer Weise geirrt hat. (Vgl. Urth. des R. O. H. G. vom 12. Januar 1872, Entsch. Bd. 4 S. 412, 415.)

3. Die Vorschrift des § 652 Abs. 2 ist im Anschluß an das Sächs. B. G. B. § 1258 in den II. Entw. § 587 Abs. 2 aufgenommen worden, um einem im Geschäftsverkehr häufig hervorgetretenen Mißbrauch entgegen zu treten. Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 39 S. 405.

§ 653. Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen.

Die Vorschrift, die in den II. Entw. § 588 aufgenommen worden ist, entspricht der für den Dienstvertrag und für den Werkvertrag in §§ 612 und 632 gegebenen Bestimmung.

§ 654. Der Anspruch auf den Mäklerlohn und der Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den anderen Theil thätig gewesen ist.

Die Bestimmung, — welche dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 22 entspricht, — ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 52) aufgenommen worden, und zwar auf den (etwas anders redigirten) Antrag der Abgeordn. Letocha, Gröber, Dr. Lieber und Rembold [1]).

Eine Thätigkeit für den andern Theil ist nach § 654 unstatthaft, wenn die Interessen der Parteien collidiren und, indem der Mäkler das Geschäft vermitteln soll, dabei

---

[1]) Vgl. Abänder. Anträge zum Entw. des B. G. B. Nr. 52, Drucksachen Nr. 87.

zugleich die Vertretung der Interessen der einen oder andern Partei in Frage kommt, wie es z. B. beim Kaufvertrage der Fall ist, wobei das Interesse des Verkäufers auf Erzielung eines möglichst hohen Preises, das des Käufers auf einen möglichst billigen Erwerb gerichtet ist. (Vgl. z. B. Urth. des R. G. vom 23. März 1880, Gruchot Beiträge Bd. 24 S. 983 ff.)

§ 655. Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrags oder für die Vermittlung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Die Bestimmung ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 52 f.) hinzugefügt worden. In der ersten Lesung der Kommission war folgender Antrag des Abgeordn. Dr. v. Dziembowski-Pomian (gegen 2 Stimmen) angenommen worden:

> Ein unverhältnißmäßig hoher Mäklerlohn kann auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Zur Begründung des Antrages wurde geltend gemacht, daß in Mäklergeschäften, vom Handelsverkehr abgesehen, bedeutende Uebervortheilungen insbesondere Dienstsuchenden, Schauspielern u. s. w. gegenüber sehr häufig seien; überdies seien diejenigen Personen, welche solche Vermittelungsgeschäfte trieben, von den Handelsmäklern abgesehen, zum großen Theil nicht besonders vertrauenswürdige Personen. — In der zweiten Lesung wurde dagegen die auf Mäklergeschäfte bei Dienstverträgen beschränkte Bestimmung des § 665 beschlossen, indem geltend gemacht wurde, daß die bei Mäklergeschäften hervorgetretenen Uebelstände sich im Wesentlichen auf die in § 655 gedachten Mäklergeschäfte beschränkten.

§ 656. Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Theil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntniß.

Die dem sittlichen Charakter der Ehe entsprechende Bestimmung ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 53) „mit sehr großer Majorität" angenommen worden. In ähnlicher Weise bestimmt das Sächs. B. G. B. § 1259:

> Das Versprechen einer Mäklergebühr für die Nachweisung einer heirathsfähigen Person oder für die Vermittelung einer Ehe ist nichtig.

Nicht mit gleicher Deutlichkeit ist aus § 656 zu ersehen, ob auch die hier gedachten Verträge nichtig sein sollen [1]). Die Frage ist aber zu bejahen.

In der R. T. Kommission (Bericht S. 53) wurde gegen die vorgeschlagene Bestimmung des § 656 von den Regierungsvertretern eingewandt, „das Versprechen eines Vermögensvortheils für Heirathsvermittelung könne unzweifelhaft in einem bestimmten Falle unsittlich

[1]) Ebert bemerkt in der Handausgabe des B. G. B. von Fischer und Henle in Anmrk. 1 zu § 656, das B. G. B. erblicke in dem (im § 656 gedachten) Versprechen und in der Annahme „einen gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsakt, der aber nicht nichtig ist".

sein und sei dann nach den allgemeinen Grundsätzen des B. G. B. auch ohne besondere Bestimmung für nichtig zu halten; daß dieser Gesichtspunkt aber nicht für alle Fälle durchschlage, ergebe sich aus der Ueblichkeit derartiger Leistungen in den bäuerlichen Kreisen mancher Gegenden wie in anderen Kreisen der Bevölkerung". Seitens der Mehrheit der Kommission wurde dagegen geltend gemacht, „die große Mehrheit der Bevölkerung betrachte unzweifelhaft das Nehmen oder Geben eines Lohnes für Heirathsvermittelung als unsittlich, mindestens als unanständig und werde es für eine schwere Beleidigung halten, wenn ihr ein derartiges Verhalten nachgesagt werde; sei diese allein mit dem sittlichen Character der Ehe vereinbare Auffassung noch nicht in allen Kreisen durchgedrungen, so sei das nur ein Grund mehr, ihr durch die erziehliche Wirkung des B. G. B. zum Durchbruch zu helfen; die Processe wegen Heirathsvermittelung geben zu den allergrößten Aergernissen Anlaß; es empfehle sich daher nicht nur, die Klage auf Zahlung der vereinbarten Leistungen, sondern ebenso die Rückforderung des etwa aus diesem Grunde Geleisteten auszuschließen".

Der Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten in § 656 entspricht der Vorschrift des § 817, wonach, wenn dem Leistenden und dem Empfänger ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, — und auf dieser Auffassung beruht nach dem erwähnten die Vorschrift des § 656 — eine Rückforderung des Geleisteten nicht stattfindet. — Die Nichtigkeit der in § 656 gedachten Verträge entspricht ferner dem allgemeinen Grundsatze (§ 138), daß gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäfte nichtig sind. Von diesem Standpunkt aus ist auch die Rückforderung dessen für ausgeschlossen zu erachten, was der Vermittler vorschußweise für seine demnächst unterbliebene oder ohne Erfolg (im Sinne des § 652) ausgeübte Thätigkeit sich gewähren läßt, während in solchen Fällen die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung für zulässig zu halten wäre, wenn es sich hierbei um ein nicht (gemäß §§ 138, 817) nichtiges Rechtsgeschäft handelte.

Neunter Titel.

Auslobung.

§ 657. Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

1. Die Vorschrift des § 657 bildet eine durch das Bedürfniß gebotene Ausnahme des Grundsatzes des B. G. B., daß aus einem einseitigen nicht angenommenen Versprechen eine Verbindlichkeit nicht entsteht. Vgl. Bemrk. 2 zu § 305.

Die Anerkennung der Verbindlichkeit der Auslobung entspricht der im gem. Recht herrschenden Auffassung[1]) sowie dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 988 ff. und dem Sächs. B. G. B. § 771. — Das Französ. Recht (der code civil) enthält keine Bestimmungen über Auslobung.

2. Was die rechtliche Natur der Auslobung betrifft, so hat das B. G. B. sich nicht der Auffassung angeschlossen, daß es sich hierbei um einen an eine unbestimmte Person (in incertam personam) gerichtete Vertragsantrag (Offerte) handle; vielmehr geht das B. G. B. von der Auffassung aus, daß lediglich das einseitige öffentliche Versprechen, „ohne daß

---

[1]) Für das gem. Recht bestreitet Savigny, Obligat.-Recht Bd. II S. 88 f. die Klagbarkeit der Auslobung.

es einer Annahme bedürfte oder eine solche in Betracht käme", den Verpflichtungsgrund für den Auslobenden bilde (Mot. II S. 519), so daß es demzufolge auch nicht darauf ankommt, ob die Handlung in Kenntniß der Auslobung und mit Rücksicht auf sie vorgenommen worden ist.

3. Die Vorschriften des Preuß. Rechts (a. a. O. § 988) über Auslobung beziehen sich nur auf das Aussetzen von „öffentlichen Belohnungen" („Prämien") für „nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fertigkeiten oder Unternehmungen".

Die Bestimmung des B. G. B. ist dagegen wie die des Sächs. B. G. B. § 771 allgemein gehalten. Ob der Auslobende nur sein persönliches Interesse verfolgt oder aus Gemeinsinn, aus Interesse für Wissenschaft und Kunst 2c. handelt, das ist hierbei nicht erheblich.

4. Wie bei jedem auf einem Rechtsgeschäfte beruhenden Schuldverhältnisse, so ist auch bei der Auslobung ein ernstlicher Verpflichtungswille vorausgesetzt. (Vgl. §§ 117, 118.) Ob diese Voraussetzung zutrifft, insbesondere bei öffentlichen Anpreisungen unter Aussetzung einer Summe für den Nachweis ihrer Unrichtigkeit, das ist im Fall des Streites vom Richter nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden. (Mot. II S. 520.)

§ 658. Die Auslobung kann bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden. Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht wird oder wenn er durch besondere Mittheilung erfolgt.

Auf die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden; ein Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung.

Nach Preuß. Recht (a. a. O. § 989) kann der Auslobende „sein Versprechen vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen".

Die in § 658 statuirte Widerruflichkeit der Auslobung bis zur Vornahme der Handlung entspricht dem Sächs. B. G. B. § 771.

Nur durch die Vornahme, bezw. Vollbringung der Handlung wird ein Anspruch gegen den Auslobenden begründet. Ein Schadensersatzanspruch kann hiernach insbesondere auch von denen, die auf Grund der Auslobung Zeit, Mühe und Kosten aufgewendet, die Handlung aber vor dem zulässigen Widerrufe der Auslobung noch nicht ausgeführt haben, gegen den Auslobenden nicht geltend gemacht werden. (Mot. II S. 522.)

§ 659. Ist die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, mehrmals vorgenommen worden, so gebührt die Belohnung demjenigen, welcher die Handlung zuerst vorgenommen hat.

Ist die Handlung von Mehreren gleichzeitig vorgenommen worden, so gebührt jedem ein gleicher Theil der Belohnung. Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht theilen oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur Einer die Belohnung erhalten, so entscheidet das Loos.

§ 660. Haben Mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt, für den die Belohnung ausgesetzt ist, so hat der Auslobende die Belohnung unter Berücksichtigung des Antheils eines jeden an dem Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu vertheilen. Die Vertheilung ist nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; sie erfolgt in einem solchen Falle durch Urtheil.

Wird die Vertheilung des Auslobenden von einem der Betheiligten nicht als verbindlich anerkannt, so ist der Auslobende berechtigt, die Erfüllung zu verweigern, bis die Betheiligten den Streit über ihre Berechtigung unter sich ausgetragen haben; jeder von ihnen kann verlangen, daß die Belohnung für alle hinterlegt wird.

Die Vorschrift des § 659 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

Die Vorschrift des § 660 ist in den II. Entw. aufgenommen worden. Sie bezieht sich auf den Fall, wenn mehrere für einen und denselben Erfolg, z. B. zur Ermittelung bezw. Ergreifung eines Verbrechers mitgewirkt haben, während § 659 den Fall betrifft, wenn von Mehreren und zwar von jedem selbstständig die Handlung, wofür die Belohnung ausgesetzt ist, vorgenommen, die Handlung also mehrmals ausgeführt ist.

Nach der in § 660 bestimmten Regelung wird der Auslobende bei der Vertheilung der ausgesetzten Belohnung nicht als Gegenpartei der die Belohnung Beanspruchenden betrachtet, sondern nach Analogie der §§ 317 bis 319 wie ein die Antheile bestimmender Dritter, dessen Bestimmung nur wegen offenbarer Unbilligkeit (vgl. § 319) durch einen Proceß unter den die Belohnung Beanspruchenden angefochten werden kann.

Bei Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit der Theilung entscheidet in den Fällen des § 660 so wie in denen des § 659 Abs. 2 Satz 2 das Loos.

§ 661. Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird.

Die Entscheidung darüber, ob eine innerhalb der Frist erfolgte Bewerbung der Auslobung entspricht oder welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient, ist durch die in der Auslobung bezeichnete Person, in Ermangelung einer solchen durch den Auslobenden zu treffen. Die Entscheidung ist für die Betheiligten verbindlich.

Bei Bewerbungen von gleicher Würdigkeit finden auf die Zuertheilung des Preises die Vorschriften des § 659 Abs. 2 Anwendung.

Die Uebertragung des Eigenthums an dem Werke kann der Auslobende nur verlangen, wenn er in der Auslobung bestimmt hat, daß die Uebertragung erfolgen soll.

1. Bei Preisausschreibungen ist die Bestimmung einer Bewerbungsfrist für unerläßlich erachtet worden, „da in Ermangelung einer solchen Bestimmung bei diesen auf Konkurrenz gestellten Auslobungen der Auslobende stets noch auf ein besseres Werk warten und niemals genöthigt werden könnte, unter den zur Bewerbung gestellten Leistungen die endliche Wahl zu treffen". (Mot. II S. 523 f.)

In der Fristbestimmung liegt auch gemäß § 658 Abs. 2 Satz 2 in der Regel ein Verzicht auf den Widerruf der Auslobung.

2. Die Vorschrift des § 661 Abs. 2 betreffs der Entscheidung über die Preisertheilung entspricht der Verkehrssitte und dem Preuß. A. L. R. a. a. O. § 994.

3. Das Eigenthum der von den Bewerbern gelieferten Arbeiten verbleibt nach Preuß. Recht (a. a. O. § 995) ihrem Urheber, sofern sich nicht aus der Auslobung etwas anderes ergiebt. Dem entspricht die Vorschrift des § 661 Abs. 4. Hierzu war in der 2. Lesung des Entw. ein Zusatz des Inhalts beantragt, daß der Anspruch auf die (ausbedungene) Eigenthums-

übertragung erst mit der Zuerkennung des Preises entstehe. Der Antrag wurde sachlich gebilligt, jedoch als entbehrlich abgelehnt, weil auch ohne gesetzliche Vorschrift nach der muthmaßlichen Absicht des Bewerbers angenommen werden würde, daß vor der Zusprechung des Preises kein auch nur bedingtes Recht des Auslobenden an dem Werke bestehe, dasselbe vielmehr bis dahin noch zurückgezogen werden könne (Ritgen, der Entw. 2c. in 2. Lesung, Gruchot, Beitr. Bd. 39 S. 628 f.)

Zehnter Titel.

Auftrag.

§ 662. Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.

1. Bei den Römern brachten es die socialen Verhältnisse mit sich, daß übertragene Geschäfte, Verwaltungen 2c. — abgesehen von der Thätigkeit von Sklaven — unentgeltlich aus Freundschaft oder (von Freigelassenen für ihre frühern Herren, Patrone) als Pflicht übernommen wurden. Unentgeltlichkeit galt daher nach Röm. Recht als wesentliches Merkmal des Auftrags (mandatum)[1]). Dessen ungeachtet kam aber auch beim Mandat das Versprechen und Gewähren einer Vergütung, eines Honorars (honor, salarium) schon bei den Römern nicht selten vor[2]), es wurde jedoch eine solche Vergütung nicht, wie der Lohn (merces) beim Dienstvertrage, als eine eigentliche des Erwerbs wegen vom Beauftragten erstrebte Gegenleistung betrachtet, sondern als Ehrengabe (honor), bezw. als Ersatz für die im Interesse des Auftraggebers verwendete Zeit und Mühe, für das in Folge dessen aufgegebene anderweite Einkommen angesehen[3]). Die Natur des Mandats als eines einseitigen vornehmlich im Interesse des Auftraggebers geschlossenen Geschäfts wurde dabei aber dergestalt festgehalten, daß der Auftraggeber den Auftrag zu jeder Zeit widerrufen konnte und daß demgemäß nur er eine Klage auf Grund des Auftrags (actio mandati) hatte, während der Beauftragte das ihm versprochene Honorar in einem besonderen Verfahren (extraordinaria cognitio) einklagen mußte[4]). Andererseits konnte aber auch der Mandatar vom Vertrage zurücktreten, das Mandat kündigen (renunciare)[5]).

Nach den modernen, wesentlich veränderten socialen und wirthschaftlichen Verhältnissen werden Aufträge gewöhnlich nicht wie bei den Römern unentgeltlich, aus Gefälligkeit, sondern gegen Vergütung übernommen. Es bildet demgemäß die Unentgeltlichkeit weder nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 5, 74 ff. noch nach dem Französ. Recht (code civil art. 1986) ein characteristisches Merkmal des Auftrags. Das Sächs. B. G. B. definirt dagegen im Abschnitte von der „Geschäftsführung vermöge Auftrages" in § 1295 „Auftrag, Mandat" als „Vertrag, durch welchen sich Jemand einem Anderen verpflichtet, dessen Willen gemäß Geschäfte unentgeltlich zu führen"; es ist dann aber im § 1299 vorgeschrieben:

---

[1]) l. 1 § 4 D. mandati vel contra 17, 1: Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium porro est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

[2]) l. 6 pr. D. h. t. 17,1 (Ulpian): Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.

[3]) Vgl. v. Petrazycki, die Lehre vom Einkommen, II. Bd. S. 366 ff., 378 ff.

[4]) l. 1 C. h. t. 4, 35: De salario autem, quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur.

[5]) l. 22, § 11, l. 27 § 2 D. h. t.

Wird eine Gebühr für die Führung von Geschäften bedungen, so finden die Vorschriften über den Auftrag nur Anwendung, wenn die Vertragschließenden dessen ungeachtet einen Auftrag beabsichtigt haben.

Der I. Entw. § 585 wollte die Unentgeltlichkeit nicht als wesentliches Requisit des Auftragsvertrages hinstellen. Im II. Entw. § 593 (jetzt § 662) ist dies dagegen geschehen, und zwar um die Rechtsinstitute des Dienstvertrags und des Auftrags scharf von einander abzugrenzen; wie neben der entgeltlichen Miethe die unentgeltliche Leihe so sollte neben dem entgeltlichen Dienst- und Werkvertrage auch der unentgeltliche Auftrag geregelt werden. Für das Wesen des Auftrags wurde es hiernach für entscheidend erklärt, daß er ohne Erwerbung eines Anspruchs auf Vergütung ertheilt und angenommen wird. Daß, wie dabei bemerkt wurde, (vgl. Reatz I S. 306 Note 1, Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 629) durch nachträgliche (freiwillige) Vergütung der Dienste des Beauftragten die rechtliche Natur des Auftragsverhältnisses nicht geändert wird, ist selbstverständlich.

2. Der wirthschaftlichen Bedeutung, welche, wie oben (Bemrk. 1) erwähnt, die unentgeltliche Geschäfts-Uebernahme (mandatum) bei den Römern hatte, entsprach der Umstand, daß das Rechtsinstitut des Mandats (als unentgeltlicher Geschäftsbesorgung) im Röm. Recht sehr eingehend und fein geregelt worden ist. Die berufs- und gewerbsmäßige (entgeltliche) Uebernahme der Besorgung fremder Geschäfte, bezw. eine derartige Verwaltung von Gütern rc. hatte dagegen im damaligen wirthschaftlichen Leben keine erhebliche Bedeutung. Demgemäß ist denn auch der entgeltliche Verwaltungs-Vertrag im Röm. Recht nicht besonders geregelt worden[1]).

In gleicher Weise hat, — wiewohl die bezüglichen wirthschaftlichen Verhältnisse jetzt ganz anders liegen, als bei den Römern — im B. G. B. nur das Mandat, (die unentgeltliche Geschäftsbesorgung) eine besondere Regelung erhalten, während für den entgeltlichen Verwaltungsvertrag nicht, — wie im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 109—177 — besondere nähere Bestimmungen getroffen sind[2]).

3. In der 2. Lesung des Entw. war es angeregt worden, in der Begriffsbestimmung des Auftrags es zum Ausdruck zu bringen, daß der Beauftragte das Geschäft nach den Weisungen des Auftraggebers zu besorgen habe. Ein solcher Zusatz ist aber nicht beschlossen worden, um die regelmäßig anzunehmende Befugniß des Beauftragten zur selbstständigen Ausführung des Auftrags nicht in Frage zu stellen (Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 629 f.).

4. Ueber vermuthete Aufträge (vermuthete Vollmachten für Verwandte, Miteigenthümer, Verwalter rc., vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 119, 120, 122 ff.) giebt das B. G. B. keine Bestimmungen. Das Rechtsinstitut erschien „mit praktischen Uebelständen verbunden und mancherlei Streitigkeiten hervorzurufen geeignet" (Mot. II S. 529).

§ 663. Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

1. Der II. Entw. § 553 enthielt eine gleiche Bestimmung wie § 663 auch für diejenigen, welche zur Leistung gewisser Dienste öffentlich bestellt sind oder sich dazu öffentlich

[1]) Vgl. v. Petraczycki a. a. O. S. 442.

[2]) Die Mot. II S. 529 bemerken in dieser Hinsicht nur ganz im Allgemeinen, der Verwaltungsvertrag stelle sich „entweder als ein gewöhnlicher Auftragsvertrag oder als Dienstvertrag, oft aber als ein gemischter Vertrag dar".

oder dem Antragsteller gegenüber erboten haben. Diese Bestimmung ist vom Bundesrath gestrichen, aber dadurch ersetzt worden, daß nach § 675 die Vorschrift des § 663 auch auf einen Dienstvertrag und einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, für anwendbar erklärt ist.

2. In der zu 1 erwähnten Ausdehnung des § 663 auf den Dienst- und Werkvertrag liegt die eigentliche praktische Bedeutung der Vorschrift; denn ein Erbieten zc. zur unentgeltlichen Besorgung von Geschäften, wie sie § 663 voraussetzt, wird nur selten vorkommen, z. B. in dem Falle, wenn ein Banquier etwa mit Rücksicht auf ein zwischen ihm und dem betr. Finanzinstitut zc. getroffenes Abkommen, dritten Betheiligten gegenüber sich erbietet, den Umtausch gewisser Werthpapiere, die Einlösung gewisser Zinsscheine zc. unentgeltlich zu besorgen.

3. Durch die Unterlassung der Anzeige wird nach allgemeinen Grundsätzen nur eine Schadensersatzpflicht begründet, wie nach der Rechtsanw.-Ord. vom 1. Juli 1878 § 30 in dem Falle, wenn ein Rechtsanwalt die Anzeige von der Ablehnung eines Mandats verabsäumt. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 13—17 gilt dagegen in den dem § 663 entsprechenden Fällen Schweigen als Uebernahme des Antrags. Vgl. auch H. G. B. Art. 323.

§ 664. Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach § 278 verantwortlich.

Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar.

1. Im I. Entw. § 588 lautete die dem § 664 Abs. 1 Satz 1 entsprechende Bestimmung, wie folgt:

> Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Beauftragte verpflichtet ist, den Auftrag in Person auszuführen.

Durch die jetzige Fassung der Auslegungsregel des § 664 Abs. 1 Satz 1 ist es außer Zweifel gestellt, daß es dem Beauftragten in der Regel nur verboten ist, die selbstständige Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen, während er, falls nichts anderes bestimmt ist, Gehülfen, die unter seiner Leitung arbeiten, anzunehmen nicht behindert ist. (Reatz I S. 306 Note 3, Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 630 f.)

Auch nach Preuß., Sächsischem und Französ. Recht hat der Beauftragte den Auftrag in der Regel selbst auszuführen. Ist ihm die Substitution gestattet, so haftet er nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 39 nur für ein bei der Auswahl des Substituten begangenes grobes oder mäßiges Versehen, nach Sächs. B. G. B. § 1308 nur für „Verschuldung in der Wahl des Dritten und ist zur Abtretung seiner Klage gegen diesen verpflichtet". Nach Französ. Recht (code civil art. 1994) haftet der Beauftragte, wenn er im Fall gestatteter Substitution eine notorisch unfähige oder zahlungsunfähige Person ausgewählt hat.

2. Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 40 finden zwischen dem Machtgeber, der die Substitution gestattet hat, und dem Substituten „eben die Rechte und Pflichten statt, wie zwischen ersterem und dem unmittelbaren Bevollmächtigten". Im B. G. B. sind die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten nicht besonders normirt.

§ 665. Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen

und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

1. Die Befugniß des Beauftragten, von den in erster Reihe für ihn maßgebenden Weisungen des Auftraggebers unter den im § 665 gedachten Umständen abzuweichen, entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 49, 53 und dem Sächs. B. G. B. § 1304. Das Franzöf. Recht enthält keine besondere Bestimmung hierüber.

2. Unter Umständen ist der Beauftragte nicht nur für berechtigt, sondern auch für verpflichtet zu erachten, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, sofern dies durch die Sorgfalt erfordert wird, welche nach dem allgemeinen Grundsatze des § 276 auch der Beauftragte zu beobachten hat. Ob danach eine Abweichung von den ertheilten Anweisungen geboten war, läßt sich nur nach den Umständen des concreten Falles entscheiden. (Vgl. Mot. II S. 535.)

§ 666. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

Die Vorschrift entspricht dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 60, 61, Sächs. B. G. B. § 1312, code civil art. 1993.

Betrifft der Auftrag eine Vermögensverwaltung, so muß die Rechenschaft durch eine dem § 259 entsprechende Rechnungslegung ertheilt werden.

§ 667. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

1. Unter der Verpflichtung zur Herausgabe des Erhaltenen ist auch die Verpflichtung des Beauftragten verstanden, „die aus der Ausführung des Auftrages erworbenen Forderungen an den Auftraggeber abzutreten" (Mot. II S. 539), wie dies das Sächs. B. G. B. § 1310 noch ausdrücklich bestimmt.

2. Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich — wie in der 2. Lesung des Entw. bemerkt wurde (Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 633) und die allgemeine Fassung der Vorschrift ergiebt, — auch auf Geschenke und Extraprovisionen, welche der Beauftragte wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte erhalten hat.

§ 668. Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

Die Vorschrift bezieht sich auch auf den Fall, wenn der Beauftragte in gutem Glauben gehandelt hat, bezw. die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nicht vorliegen oder nicht erweisbar sind. (Mot. II S. 539.) Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Auftraggeber den Beauftragten auch wegen eines weitern, den Zinsenbetrag übersteigenden Schadens in Anspruch nehmen.

§ 669. Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuß zu leisten.

Die Bestimmung entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 70, Sächs. B. G. B. § 1314.

Ein klagbarer Anspruch auf Leistung des Vorschusses stehe, meinen die Motive II S. 540, dem Beauftragten nach der Natur des Mandats, insbesondere bei dessen Widerruflichkeit (§ 671) nicht zu. Allerdings kann eine solche Klage durch Widerruf des Auftrags gegenstandslos werden, für unzulässig ist sie aber nicht zu erachten, auch abgesehen davon, daß auf den Widerruf des Auftrags verzichtet werden kann.

§ 670. Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

1. Nach bisherigem Recht sind dem Beauftragten die nach objektivem Maßstabe nothwendigen und nützlichen Aufwendungen zu erstatten. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 65 ff., Sächs. B. G. B. § 1314, code civil art. 1999.

Die Ersatzpflicht des Auftraggebers nach § 670 tritt „unabhängig davon ein, ob die Thätigkeit des Beauftragten den durch den Auftrag bezweckten Erfolg hatte oder nicht" (Mot. II S. 541).

Die Entw. und die Reg.-Vorlage (§ 657) enthielten auch noch die Bestimmung: „Aufgewendetes Geld hat der Auftraggeber von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen". Der Satz ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 53) mit Rücksicht auf die allgemeine Vorschrift des § 256 als überflüssig gestrichen worden.

2. Nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 81 und nach Französ. Recht (code civil art. 2000) hat der Auftraggeber auch den zufälligen Schaden zu ersetzen, den der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags erleidet.

Diesem Grundsatze gemäß war in der 2. Lesung des Entw. beantragt, den Auftraggeber zum Ersatz der Verluste für verpflichtet zu erklären, die der Beauftragte unmittelbar durch die Geschäftsbesorgung oder aus mit ihr unzertrennlich verbundenen Gefahren erleidet. Die Mehrheit der Kommission lehnte den Antrag ab, indem sie eine so weitgehende Haftung des Auftraggebers, die sich z. B. auch auf die Folgen eines Eisenbahnunfalls erstrecken würde, der Auffassung des Lebens nicht entsprechend erachtete. Die Entscheidung der Frage werde, so wurde dabei ausgeführt, wesentlich davon abhängen, ob und inwieweit der erlittene Schaden voraussehbar oder denkbar gewesen sei; hätten beide Theile oder der Beauftragte den Schaden voraussehen können, so sei der Schaden als in dem vom Beauftragten übernommenen Risiko liegend zu erachten; habe dagegen nur der Auftraggeber die mit der Geschäftsausführung verbundene Gefahr gekannt, so habe er den Beauftragten hierauf gemäß § 242 aufmerksam zu machen gehabt und hafte er für die Verabsäumung dieser Verpflichtung (Reatz I S. 308 f., Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 635 f.).

3. Dem Auftraggeber und dem Beauftragten steht bezüglich ihrer Forderungen das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 zu.

§ 671. Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden.

Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat.

1. Die Vorschrift hinsichtlich des Widerrufs bezw. der Kündigung des Auftrags entspricht der Natur des Vertragsverhältnisses und dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 159, 160, 172 ff., Sächs. B. G. B. § 1319, 1322, code civil art. 2003, 2004, 2007.

2. Der I. Entw. § 597 Abs. 2 enthielt die Bestimmung:

Auf die Widerruflichkeit kann nicht verzichtet werden.

Der Satz wurde in der 2. Lesung des Entw. gestrichen, indem er für den Auftrag im eigentlichen Sinne zweifellos richtig und überflüssig erschien, während er für Aufträge, die zugleich oder vorzugsweise im Interesse des Beauftragten liegen, nicht richtig erachtet wurde. (Reatz I S. 309, Ritgen a. a. O. S. 636.)

§ 672. Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers. Erlischt der Auftrag, so hat der Beauftragte, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.

Nach gem. Recht und nach Französ. Recht (code civil art. 2003) sowie in der Regel nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 186, 190, 192—195) und nach Sächs. B. G. B. § 1324 erlischt der Auftrag mit dem Tode des Auftraggebers.

Das B. G. B. § 672 hat die umgekehrte für das Handelsrecht (H. G. B. Art. 54 Abs. 2, Art. 297) und für das Proceßrecht (C. P. O. § 82) bereits geltende Bestimmung für angemessen erachtet.

§ 673. Der Auftrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten. Erlischt der Auftrag, so hat der Erbe des Beauftragten den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend.

1. Die Vorschrift entspricht dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 186 ff., Sächs. B. G. B. § 1325, code civil art. 2003, 2010.

2. Durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beauftragten erlischt der Auftrag nicht. Das Widerrufsrecht des Auftraggebers erschien für diesen Fall genügend. (Mot. II S. 551.) Vgl. Konk.-Ordn. § 20. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers soll nach der für die Konk.-Ordn. in Aussicht genommenen Bestimmung (§ 19a) der Auftrag erlöschen, sofern er sich auf das zur Konkursmasse gehörende Vermögen bezieht.

§ 674. Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntniß erlangt oder das Erlöschen kennen muß.

Vgl. Bemrk. 2 zu § 673. — Bezüglich des Fortbestandes der Vollmacht zu Gunsten gutgläubiger Dritter vgl. § 169.

§ 675. Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665

bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

1. Die Vorschrift des § 675 ist in den II. Entw. (§ 606) aufgenommen worden, da nach der dort zur Geltung gebrachten Auffassung entgeltliche Aufträge als Dienst- oder Werkverträge behandelt werden und demzufolge für solche vielfach mit einer Geschäftsbesorgung verbundene Verträge die für den (unentgeltlichen) „Auftrag" statuirten allgemeinen Rechtssätze für entsprechend anwendbar zu erklären waren.

Es gelten hiernach für entgeltliche Geschäftsbesorgungen die für den Auftrag gegebenen Vorschriften über die Abweichung von Instruktionen des Geschäftsherrn (§ 665), über Rechenschaftsablegung (§ 666), über die Herausgabe des Erhaltenen und Erlangten (§ 667), über die Verzinsung des vom Beauftragten in eigenem Interesse verwendeten Geldes (§ 668), über die Vorschuß- und Erstattungspflicht des Geschäftsherrn (§§ 669, 670) sofern die vereinbarte Vergütung nicht zugleich dem Vertrage gemäß den Ersatz für Aufwendungen mit umfaßt, ferner die Bestimmungen über das Erlöschen des Auftrags (§§ 671 Abs. 2, 672, 673), sofern nicht aus andern für den Dienst- und Werkvertrag maßgebenden Gründen das Vertragsverhältniß erlischt, und die zu Gunsten des Beauftragten anzunehmende Fortdauer des Auftrags (§ 674).

Außerdem ist die Verpflichtung zur Anzeige der Ablehnung eines Auftrags (§ 663) für die entgeltliche Geschäftsbesorgung vom Bundesrath in die Vorschrift des § 675 aufgenommen worden. Vgl. Bemrk. 1 zu § 663.

2. Nach bisherigem Recht sowie nach der Auffassung des Lebens und dem allgemeinen Sprachgebrauche wird das Rechtsverhältniß zwischen Rechtsanwälten und ihren Klienten als Auftrag (Mandat) behandelt; nach dem B. G. B. liegt hier ein Dienstvertrag vor. Mit Rücksicht hierauf kam es in der Kommission für die 2. Lesung des Entw. zur Sprache, ob nicht — consequenter Weise — der Ausdruck: „Auftrag" in der Rechtsanwalts-Ordnung durch die Bezeichnung: Dienstverhältniß oder durch einen andern Ausdruck zu ersetzen sei. Die Mehrheit der Kommission erachtete aber ein Eingehen auf die Frage vor einer etwaigen Aenderung der Rechtsanwalts-Ordnung nicht für angezeigt. (Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 641 f.)

Die Unterscheidung der freien geistigen Thätigkeit des Anwalts, Arztes 2c. von einfachen gewerbsmäßigen Dienstleistungen wird im Leben wohl auch unter der Geltung des B. G. B. festgehalten werden. Beim Gebrauch des Ausdrucks: Auftrag (Mandat), beauftragen u. dergl. in Offerten und Verträgen wird also bei der Auslegung wohl nur ausnahmsweise eine unentgeltliche Uebertragung, bezw. Uebernahme einer Geschäftsbesorgung 2c. anzunehmen sein.

§ 676. Wer einem Anderen einen Rath oder eine Empfehlung ertheilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältniß oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rathes oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

1. Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 217 ff. ist in der Regel nur derjenige, der einem Anderen „in desselben eigenen Angelegenheiten" wissentlich einen nachtheiligen Rath oder eine schädliche Empfehlung ertheilt, „für den widrigen Erfolg verantwortlich"; für ein „mäßiges Versehen" haftet aber, wer seinen Rath gegen Bezahlung ertheilt hat; Sachverständige jedoch müssen auch bei unentgeltlicher Ertheilung eines Rathes in Angelegenheit ihrer Kunst oder Wissenschaft ein grobes Versehen vertreten. Ferner macht sich nach Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 14 § 209) wie ein Bürge verantwortlich, wer einen Credit-

suchenden „wider besseres Wissen oder aus grobem Versehen" als ehrlichen, vermögenden Mann (schriftlich) empfiehlt.

Das B.G.B. geht im Anschluß an die im gem. Recht herrschende Ansicht und an das Sächs. B. G. B. §§ 1301, 1504 von der Auffassung aus, daß durch das Ertheilen und Annehmen eines Raths oder einer Empfehlung an und für sich nicht ein Vertrag begründet werde, der den Erklärenden zur Beobachtung ordnungsmäßiger Sorgfalt bei seiner Erklärung, also zur Haftung für ein Versehen verpflichte. (Vgl. Ritgen a. a. O. Bd. 39 S. 641.) — Der I. Entw. § 604 wollte von diesem Standpunkt aus den Erklärenden nur für haftbar erklären, „wenn er arglistig gehandelt hat, sofern nicht aus einem Vertragsverhältnisse oder aus einer Amtspflicht eine weiter gehende Haftung sich ergiebt". Indem die jetzige Bestimmung (II § 607) eine Haftung aus einem Vertragsverhältniß (z. B. Seitens eines Auskunftsbureaus) oder aus einer unerlaubten Handlung vorbehält, gewährt sie für außercontraktliche Verhältnisse der Regel nach auch nur einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlichen Handelns (§ 826), abgesehen von der Haftpflicht auch für fahrlässige Schädigung des Credits eines Anderen (§ 824) und für Verletzung einer Amtspflicht (§ 839).

2. Arglist liegt nicht nur dann vor, wenn der Erklärende wissentlich etwas Unwahres behauptet, sondern auch dann, wenn er Unwahres als wahr und als seine Ueberzeugung hinstellt, ohne von der Wahrheit überzeugt zu sein, falls ihm auch nicht gerade die Unwahrheit bekannt ist. Dies gilt insbesondere auch von der Ertheilung von Auskunft über die Vermögensverhälnisse und die Creditwürdigkeit eines Dritten. (Vgl. Urth. des R. G. vom 1. Februar 1895, Gruchot, Beitr. Bd. 39 S. 849, 850.) Ein Verfahren wider Treu und Glauben liegt ferner dann vor, wenn Jemand bei der Ertheilung einer Auskunft Thatsachen verschweigt (unterdrückt), welche (wie z. B. Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem durch die Auskunft Empfohlenen) für die Würdigung der Auskunft von Erheblichkeit sind. Vgl. Urth. des R. G. vom 11. Juli 1888, Entsch. Bd. 23 S. 137 und das vorerwähnte Urth. vom 1. Februar 1895.

Betreffs des Creditauftrags vgl. § 778.

Elfter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 677. Wer ein Geschäft für einen Anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder muthmaßlichen Willen es erfordert.

1. Wie bei den Römern ihren socialen und wirthschaftlichen Verhältnissen gemäß die unentgeltliche Uebernahme von Aufträgen zur Besorgung der wirthschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten von Freunden (oder Patronen) sehr häufig war (vgl. Bemrk. 1 zu § 662), so kam es andererseits auch vielfach vor, daß die Angelegenheiten eines abwesenden oder anderweit verhinderten Freundes oder Bekannten oder seiner Erben ohne Auftrag von Freunden oder Bekannten wahrgenommen wurden. Für die durch eine solche Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) begründeten Rechtsverhältnisse gewährte der Prätor als Organisator des Rechtsschutzes die Möglichkeit der Geltendmachung im Rechtswege [1]), und es wurde im Anschluß hieran das Rechtsinstitut von den Röm. Juristen eingehend

---

[1]) l. 3 pr. D. de negotiis gestis, 3, 5 (Ulpian.): Ait Praetor: Si quis negotia alterius sive quis negotia, quae cujusque, quum is morietur, fuerint, gesserit, judicium

und in ihrer bekannten feinen, scharfsinnigen und zugleich praktischen Weise behandelt und entwickelt. Maßgebend war dabei die Analogie des Mandats.

Das Römische Recht, dem das gemeine Recht entspricht, hat (auch) hier das Vorbild für die neuern Gesetzgebungen geliefert. Im Allgemeinen entspricht auch die im B. G. B. festgesetzte Regelung dem bisherigen Recht.

2. Eine auftraglose Geschäftsführung (negotiorum gestio) liegt nur dann vor, wenn der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft, eine fremde Angelegenheit besorgen will und besorgt. Handelt er in der irrigen Meinung, daß das von ihm besorgte fremde Geschäft sein eigenes sei, so finden nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung, sondern die Vorschriften bezüglich der ungerechtfertigten Bereicherung. Vgl. § 687 Abs. 1.

Wer ferner vermöge seines Amtes oder als gesetzlicher Vertreter im Interesse eines Anderen handelt, der wird nicht nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt, er steht vielmehr in der freieren Stellung eines Beauftragten, bezw. es kommen hier die einschlagenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Anwendung.

3. Das Sächs. B. G. B. unterscheidet im Anschluß an eine in der gemeinrechtlichen Doktrin vertretene Ansicht die Besorgung von Geschäften, welche an sich (objektiv betrachtet) Geschäfte desjenigen sind, für den gehandelt wird, und Geschäfte, „bei welchen die Person des Geschäftsherrn bloß durch die Willensrichtung des Geschäftsherrn bestimmt wird; Geschäfte der letzteren Art, (insbesondere also der Abschluß von Rechtsgeschäften) sollen nur, wenn der Geschäftsherr sie genehmigt, als seine Geschäfte gelten. Eine solche Unterscheidung ist mit Recht als unnöthig nicht aufgenommen worden, und es ist deshalb in § 677 (I § 749, II § 608) die Fassung: „Wer ein Geschäft für einen Anderen (nicht: eines Anderen) besorgt" gewählt worden (Mot. II S. 855).

4. Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag sind in einer Reihe von Fällen ausdrücklich für anwendbar erklärt worden, insbesondere bezüglich der Erstattung der vom Verkäufer, Miether, Entleiher, Besitzer, Nießbraucher oder Pfandgläubiger auf die betr. Sache gemachten Verwendungen (§§ 450 Abs. 2, 547 Abs. 2 Satz 1, 601 Abs. 2 Satz 1, 994 Abs. 2, 1049 Abs. 1, 1216 Satz 1; vgl. auch § 1959 Abs. 1, § 1978 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 1991 Abs. 1.

§ 678. Steht die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch und mußte der Geschäftsführer dies erkennen, so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatz des

---

eo nomine dabo. — l. 1 h. t. (Ulpian.): Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant. — Die Motive zum Entw. des B. G. B. (Bd. II S. 862) stehen auf dem der Römisch-rechtlichen Auffassung entgegengesetzten Standpunkte, indem sie bemerken: „Der Gesetzgeber hat erfahrungsmäßig keinen Anlaß, zu Einmischungen in fremde Geschäfte zu ermuntern, welche häufig in der That nicht im Interesse des Geschäftsherrn, sondern lediglich im freilich oft nicht nachweisbaren eigenen Interesse erfolgen. Nicht einmal für Fälle, wenn zur Abwendung eines Nachtheiles oder einer dringenden Gefahr von dem Geschäftsherrn von dem Geschäftsführer eingegriffen wurde, ist eine besondere Ausnahme zu statuiren, soweit nicht in Fällen dieser Art der Anspruch des Geschäftsführers auch vom Standpunkte des Entwurfes (jetzt des B. G. B.) ohnehin begründet ist. Nur die in § 755 (jetzt § 679) bezeichneten Fälle machen eine Ausnahme". — Die Auffassung der Motive ist also auch nicht ohne praktische Bedeutung bei der Gestaltung des Rechtsinstituts geblieben.

aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt.

Der Geschäftsführer hat mit der im Verkehr im Sinne des § 276 erforderlichen Sorgfalt zu prüfen, ob seine Einmischung in die fremde Angelegenheit den Intentionen des Geschäftsherrn entspricht. Mußte er hiernach erkennen, daß die Geschäftsführung dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nicht entspricht, so stellt seine dennoch erfolgte eigenmächtige Einmischung in fremde Angelegenheiten ein Verschulden dar, welches an und für sich, ohne weiteres seine Verpflichtung zum Ersatz alles aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens begründet. Vgl. § 249. — Vgl. auch Bemrk. 1b zu § 683.

§ 679. Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Die Vorschrift rechtfertigt sich durch die Rücksicht auf das allgemeine Interesse und betreffs der Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Unterhaltungspflicht durch Humanitätsrücksichten. — In der entsprechenden Bestimmung des Sächs. B. G. B. § 1355 ist auch noch besonders als ein Fall zulässiger Geschäftsführung wider den Willen des Geschäftsherrn die Besorgung einer Leichenbestattung erwähnt [1]), „deren Kosten der Geschäftsherr zu bestreiten hatte". Es handelt sich hierbei aber, wie mit den Mot. II S. 865 anzunehmen ist, im Sinne des § 679 um eine im öffentlichen Interesse gebotene Pflicht-Erfüllung (z. B. Seitens des Erben betreffs der Beerdigung des Erblassers, § 1969), so daß auf den gedachten Fall auch ohne besondere Erwähnung desselben die Vorschrift des § 679 für anwendbar zu erachten ist.

Die Bestimmung kann ferner auch dann anwendbar sein, wenn Jemand auf Grund einer öffentlich-rechtlichen behördlichen Anordnung gewisse Arbeiten (Wege- und Brücken-Reparaturen 2c.) besorgt, während die betr. Verpflichtung in der That einem Andern obliegt. (Vgl. Mot. II S. 865.)

§ 680. Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Die auf Billigkeits-Rücksichten beruhende Vorschrift entspricht dem gem. Recht [2]) sowie dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 237. Nach Sächs. B. G. B. §§ 1347, 728, 729 haftet der Geschäftsführer stets auch für geringe Fahrlässigkeit, für den Zufall jedoch nur, „wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hat".

§ 681. Der Geschäftsführer hat die Uebernahme der Geschäftsführung, sobald es thunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten. Im Uebrigen finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 entsprechende Anwendung.

---

[1]) Im Röm. Recht ist dieser Fall besonders behandelt und geregelt. (tit. D. 11, 3, — C. 3, 44, de religiosis et sumtibus funerum.)

[2]) Vgl. l. 3 § 9 D. de negotiis gestis, 3, 5.

Eine allgemeine Verpflichtung zur Fortsetzung der übernommenen Geschäftsbesorgung ist dem Geschäftsführer nicht auferlegt; er hat vielmehr nur, indem er sich andernfalls schadensersatzpflichtig macht (§§ 678, 276), die Geschäftsführung insoweit fortzusetzen, als dies erforderlich ist, um einen aus seinem Zurücktreten vom Geschäfte drohenden Schaden, der ohne seine Einmischung nicht entstanden wäre, vom Geschäftsherrn abzuwenden. Diese Verpflichtung geht auch auf die Erben des Geschäftsführers über. Vgl. Mot. Bd. II S. 859.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 257 muß der Geschäftsführer das Geschäft beendigen, falls nicht der Geschäftsherr auf erhaltene Nachricht anders disponirt. Das Sächs. B. G. B. § 1346 verpflichtet den Geschäftsführer allgemein, „die von ihm angefangenen Geschäfte zu vollenden und neue Geschäfte zu übernehmen, soweit sie mit den früheren wesentlich zusammenhängen". — Das Französ. Recht (code civil 1372) erklärt den Geschäftsführer wie durch stillschweigenden Vertrag für verpflichtet das begonnene Geschäft fortzusetzen und zu beenden, bis der Geschäftsherr selbst dazu im Stande ist.

§ 682. Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich.

Die dem gem. Recht[1]), dem Preuß. Recht (a. a. O. § 274) sowie dem Sächs. B. G. B. § 1349 entsprechende Bestimmung ergiebt sich aus dem Grundsatze, daß der völlig oder beschränkt Handlungsunfähige sich nicht durch Rechtsgeschäfte, bezw. Rechtshandlungen wirksam verpflichten kann.

§ 683. Entspricht die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht.

1. a) Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 234 ff., 238 ff. unterscheidet Geschäftsbesorgung zur Abwendung eines Schadens und andererseits zur Beförderung eines Vortheils. In ersterem Falle haftet der Geschäftsherr „für die zur Verhütung des Schadens nützlich aufgewendeten Kosten", selbst „wenn die Sache nachher ohne Schuld des Besorgers dennoch verloren gegangen ist", während der Geschäftsführer nur ein grobes Versehen zu vertreten hat. Handelt es sich um eine Geschäftsbesorgung zum Vortheile des Geschäftsherrn, so hat er, wenn er sich die Vortheile aus dem Geschäfte zueignet, bis zur Höhe dieser Vortheile den Geschäftsführer wegen seiner Aufwendungen zu entschädigen; andernfalls muß der Geschäftsführer „die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand setzen und den Eigenthümer entschädigen" und zwar unter Haftung auch für ein geringes Versehen (§§ 241, 242, 245 a. a. O.).

Das Sächs. B. G. B. (§§ 1345, 1346, 1352) giebt dem Geschäftsführer — außer bei sogen. subjektiv fremden Geschäften (§ 1358; vgl. Bemrk. 2 zu § 677) — einen Anspruch wegen seiner Aufwendungen, wenn er das Geschäft „nach dem ihm bekannten wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und in Ermangelung eines daraus zu entnehmenden Anhalts nach der Natur der Sache und den Verhältnissen des Geschäftsherrn" besorgt hat.

---

[1]) Vgl. l. 3 § 4 D. h. t. 3, 5.

Das Französ. Recht (code civil art. 1375) giebt dem Geschäftsführer allgemein einen Ersatzanspruch wegen seiner nützlichen oder nothwendigen Aufwendungen, wenn das Geschäft von ihm gut geführt (bien administrée) ist.

b) Der dem § 683 entsprechende § 753 des I. Entw. des B. G. B. war dahin gefaßt, daß dem Geschäftsführer ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten gewährt sein sollte, „wenn und soweit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten von dem Geschäftsherrn bei Kenntniß der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein"; dabei war (in Abs. 2 des § 753) hinzugefügt:

„Es wird vermuthet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen".

Es sollte damit nach den Motiven Bd. II S. 860, 861 zum Ausdruck gebracht werden, daß der Ersatzanspruch des Geschäftsführers davon abhängig sei, daß die Geschäftsbesorgung „den wirklichen, nicht bloß den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren Intentionen des Geschäftsherrn, bezw. des gesetzlichen Vertreters desselben entsprochen hat", daß also „auch ein unverschuldeter Verstoß gegen die Intentionen des Geschäftsherrn" dem Geschäftsführer seine Rechte gegen denselben entziehe.

Für diese Einschränkung des Ersatzanspruchs war die Erwägung maßgebend, daß nach allgemeinen Grundsätzen dem Geschäftsherrn die Folgen der von ihm nicht veranlaßten Handlungsweise des Geschäftsführers nicht zur Last zu legen seien; auch liege vom legislatorischen Standpunkte aus kein Anlaß vor, zur Einmischung in fremde Geschäfte zu ermuntern (Mot. Bd. II S 861 f.; vgl. auch Bemrk 1 zu § 677 und die Fußnote dazu).

In Uebereinstimmung mit dem I. Entw geht das B. G. B. (§ 683, II § 614) in erster Reihe davon aus, daß die Geschäftsführung, um einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zu begründen, dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen müsse. Es ist dabei nicht, wie betreffs des Schadensersatzanspruchs des Geschäftsherrn (actio negotiorum directa, § 678) ein Verschulden des Geschäftsführers vorausgesetzt, d. h. es kommt in den Fällen des § 683 (actio negotiorum gestorum contraria) nicht, wie nach § 678, darauf an, ob der Geschäftsführer bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt den Willen des Geschäftsherrn „erkennen mußte".

Liegt ein erklärter, bezw. nachweisbarer der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht vor, so ist anzunehmen, der Geschäftsherr würde das nach verständiger Erwägung nothwendige und angemessene gewollt haben.

2. In jedem Falle ist aber erforderlich, daß die Geschäftsführung nicht nur dem (wirklichen oder anzunehmenden, muthmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn, sondern auch seinem Interesse entspricht, daß das Geschäft für ihn nützlich (zweckmäßig) geführt ist (negotium utiliter gestum). Es kann z. B. vom Geschäftsführer für die Reparatur eines Gebäudes Ersatz nicht verlangt werden, wenn der Eigenthümer das Gebäude als für ihn überflüssig verfallen lassen wollte [1]). Die wenn auch an sich berechtigte Annahme des Geschäftsführers, es handle sich um eine nützliche Verwendung, ist hierbei nicht maßgebend.

3. Liegt eine an sich nützliche (zweckmäßige) und dem Willen des Geschäftsherrn nicht entgegenstehende Geschäftsführung vor, so kann der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen auch dann beanspruchen, „wenn — wie der I. Entw. § 753 in Uebereinstimmung mit dem gem. Recht (vgl. l. 10 § 1, l. 12 § 2, l. 22 D. h. t.) noch ausdrücklich bestimmte, — der durch die Geschäftsführung beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist", — wenn z. B. das vom Geschäftsführer zur Fortführung der Wirthschaft des Geschäftsherrn angeschaffte Getreide ꝛc. ohne Schuld desselben untergegangen (verbrannt ꝛc.) ist. Es ergiebt sich dies aus der Bestimmung

---

[1]) Vgl. l. 10 § 1 D. de negotiis gestis, 5, 3.

des § 683, daß in den dort gedachten Fällen der Geschäftsführer wie ein Beauftragter behandelt wird.

Eine gleiche Vorschrift enthält das Preuß. A. L. R. a. a. O. § 236 für den Fall, wenn es sich um eine Geschäftsbesorgung zur Schadensabwendung handelt.

4. Zum Ersatz der Aufwendungen im Sinne des § 683 gehört auch die Vergütung für Dienstleistungen des Geschäftsführers. Vgl. §§ 670, 675, 612.

§ 684. Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer Alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu.

Die Genehmigung des Geschäftsherrn kann den bezüglichen allgemeinen Grundsätzen gemäß ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, z. B. „dadurch, daß der Geschäftsherr, ohne zu widersprechen, geschehen läßt, daß seine Geschäfte in seiner Gegenwart von einem Andern besorgt werden" (Mot. Bd. II S. 867 f.).

Das Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 247, 248) bestimmt in dieser Hinsicht, daß der Geschäftsherr das Geschäft genehmigen müsse und in Höhe des erlangten Vortheils hafte, wenn er der ihm bekannt gewordenen Geschäftsbesorgung nicht „vor Vollendung des Geschäfts sogleich nach erlangter Wissenschaft" widersprochen hat.

§ 685. Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen.

Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen.

1. Der Beweis, daß der Geschäftsführer ohne die Absicht, Ersatz zu verlangen, gehandelt hat (§ 685 Abs. 1), ist vom Geschäftsherrn zu führen.

2. Die Auslegungsregel des § 685 Abs. 2 entspricht den (weitergehenden) Bestimmungen des Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 11 §§ 1041 ff.) und der Vorschrift des Sächs. B. G. B. (§ 1354). — Vgl. Bemrk. 3 zu § 516.

§ 686. Ist der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrthume, so wird der wirkliche Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet.

1. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. l. 5 § 1, l. 8 § 6 D. h. t. 3, 5, Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 261, Sächs. B. G. B. § 1343.

2. Eine Geschäftsführung kann nach jetzigem Recht auch für eine noch nicht existirende juristische Person (z. B. für eine zu bildende Schulgemeinde) rechtswirksam stattfinden, desgleichen für eine zu gründende Aktiengesellschaft ꝛc. Vgl. Urth. des R. G. vom 30. October 1886, Juristische Wochenschrift für 1886 S. 421 Nr. 22, und vom 3. November 1888, Gruchot, Beiträge ꝛc. Bd. 33 S. 874.

Die Zulässigkeit einer solchen Geschäftsführung ist bisher, — wie auch im B. G. B., — nicht ausdrücklich bestimmt worden, vielmehr bisher von der Rechtsprechung auf Grund der allgemeinen Erwägung angenommen worden, daß eine Geschäftsführung auch für eine zwar schon bestehende, aber noch ungewisse Person für zulässig und rechtswirksam erklärt sei und

von diesem Fall derjenige einer Geschäftsführung für eine eventuelle, künftige juristische Person nicht grundsätzlich verschieden sei. (Vgl. das cit. Urth. des R. G. vom 30. October 1886.)

Dasselbe ist auch für das B. G. B. anzunehmen, da die Vorschriften desselben der Zulässigkeit einer solchen Geschäftsführung nicht entgegenstehen und nicht ersichtlich ist, daß in dieser Beziehung eine Abweichung vom bisherigen Rechtszustande beabsichtigt worden ist.

§ 687. Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei.

Behandelt Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet.

1. In Uebereinstimmung mit der im gemeinen Recht herrschenden Auffassung [1]) behandelt das B. G. B. (§ 687 Abs. 1) denjenigen, der irriger Weise ein fremdes Geschäft als sein eigenes besorgt hat, nicht nach den Grundsätzen von der auftraglosen Geschäftsführung, vielmehr findet für und gegen denselben nur nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff.) statt, vorbehaltlich seiner etwaigen Haftung aus unerlaubter Handlung. Dasselbe ist auch für das Preuß. Recht anzunehmen. Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. II § 285.

Nach Sächs. B. G. B. § 1342 erlangt im erwähnten Falle „derjenige, dessen Geschäfte besorgt werden, zwar die Rechte eines Geschäftsherrn, haftet aber demjenigen, welcher die Geschäfte besorgt hat, bloß soweit er bereichert ist".

2. Die wissentliche unberechtigte Behandlung eines fremden Geschäfts als eigenes stellt eine zu vollem Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung dar.

Daneben gewährt § 687 Abs. 2 — abweichend vom I. Entw. § 761 — dem Geschäftsherrn auch noch einen Anspruch nach den Vorschriften über Geschäftsführung, wogegen er dann die erlangte Bereicherung herauszugeben hat (§ 684 Satz 1).

Das Sächs. B. G. B. § 1356 bestimmt in dieser Hinsicht: „Wer die Geschäftsführung seines eigenen Vortheils wegen besorgt, hat einen Anspruch auf Ersatz bloß insoweit der Geschäftsherr bereichert ist".

Zwölfter Titel.

Verwahrung.

§ 688. Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

1. Die Ueberschrift des Titels lautete in den Entwürfen und in der Reg.-Vorlage: „Hinterlegungsvertrag" statt Verwahrung. Letztere Bezeichnung sowie statt „Hinterlegungsvertrag" die dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 entsprechende Bezeichnung: Verwahrungsvertrag ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 53) gewählt worden, da diese Ausdrücke mehr dem Sprachgebrauch entsprechen und dem allgemeinen Verständniß näher liegen.

---

[1]) Vgl. Urth. des R. G. vom 6. Februar 1885, Entsch. Bd. 13 S. 184 f.

2. Dem Römischen Vertragssystem lag bekanntlich die Regel zu Grunde, daß aus einem einfachen formlosen Vertrage ein klagbarer Anspruch nicht hergeleitet werden könne. Zu den praktisch sehr erheblichen Ausnahmen von dieser Regel gehörten u. a. die sogen. Realcontracte, nämlich Darlehn (mutuum), Leihe (commodatum), Verwahrungsvertrag (depositum) und Pfandvertrag (pignus). Bei diesen Verträgen wurde eine rechtswirksame klagbare Obligation (contractus im Gegensatz zum pactum) durch die Hingabe der betr. Sache begründet (re contrahitur obligatio), d. h. es wurde dadurch eine Verpflichtung des Empfängers begründet, die Sache nicht nur einfach zurückzugeben, sondern die Rückgabe nach Maßgabe der der Hingabe der Sache zu Grunde liegenden Vereinbarung zu bewirken, auf welche Vereinbarung dann auch der Mitcontrahent sich berufen konnte. Bei einigen andern praktisch besonders bedeutsamen Verträgen (den sogen. Consensual-Verträgen) (Kauf, Pacht und Miethe, Societät und Mandat) wurde dagegen ein rechtsgültiger Vertrag schon durch die Vereinbarung (consensus) begründet. — Da nun aber wie im gem. Recht so auch im B. G. B. der Grundsatz der Formfreiheit der Verträge gilt, so hat der Unterschied zwischen Real- und Consensual-Verträgen für diese Rechtssysteme seine Bedeutung verloren. Es ist also auch nicht von Erheblichkeit, daß, wie die Motive (Bd. II S. 569) bemerken, im Gesetze (I § 614, II § 628) „eine Fassung, welche den Hinterlegungsvertrag als Konsensualvertrag bezeichnete, abgelehnt" worden ist.

3. Dem Wesen des Verwahrungs-Vertrages gemäß wird, — wie die Mot. (a. a. O. S. 570) bemerken, — „eine Verpflichtung zur Auslieferung an denjenigen, welcher die Aufbewahrung versprochen hat, durch den vorausgegangenen Konsensualvertrag nicht begründet". Die Aufbewahrung ist die Leistung des einen Contrahenten, die dafür ausbedungene Vergütung, nicht die Hingabe der Sache zur Aufbewahrung, bildet die Gegenleistung des andern Contrahenten.

4. Ein Verwahrungsvertrag liegt nur dann vor, „wenn die Aufbewahrung einer hinterlegten Sache ausschließlich oder hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages bildet" (Mot. a. a. O. S. 570), wenn also die Aufbewahrung nicht aus einem andern Vertrage (z. B. Leihvertrage) sich ergiebt oder mit einem anderen Vertrage (z. B. einem Dienstvertrage oder Werkvertrage) in rechtlichem Zusammenhange steht (vgl. Mot. a. a. O.).

§ 689. Eine Vergütung für die Aufbewahrung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Bei den Römern erfolgte die Uebernahme einer Aufbewahrung gewöhnlich unentgeltlich, als Freundschafts-Dienst. Der Verwahrungsvertrag wird demgemäß im Röm. Recht als unentgeltlicher Vertrag betrachtet und behandelt.

Von diesem Standpunkte geht auch das Sächs. B. G. B. (§§ 1260, 1263) aus, indem es bestimmt, daß, wenn für die Aufbewahrung „eine Gebühr" bedungen wird, „die Vorschriften über die Hinterlegung nur Anwendung" finden, „wenn die Vertragschließenden dessenungeachtet einen Hinterlegungsvertrag beabsichtigt haben".

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 9, 17, 48, 76 betrachtet dagegen den modernen Verhältnissen gemäß Unentgeltlichkeit nicht als wesentliches Merkmal des Verwahrungsvertrages.

§ 690. Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Nach Röm. Recht haftet der Verwahrer nur für Vorsatz, bezw. Arglist (dolus) und für grobes Versehen, falls nicht etwas anderes verabredet, die Hinterlegung in seinem In-

teresse erfolgt war oder er sich dazu erboten hatte[1]). — Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 11, 12, 17f. haftet der Verwahrer für mäßiges Versehen, wenn er die Verwahrung gegen Entgelt übernommen oder sich dazu angeboten hat; andernfalls hat er nur die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, zu beobachten; kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht abgemessen werden, so haftet er nur für ein grobes Versehen, wenn er nicht die vom „Niederleger" bestimmte Verwahrungsart eigenmächtig und ohne Noth geändert hat. — Nach Französ. Recht (code civil art. 1927, 1928) hat der Verwahrer nur die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, zu beobachten, falls er nicht die Verwahrung gegen Entgelt übernommen hat oder einer der erwähnten auch im gem. Recht eine strengere Haftung begründenden Fälle vorliegt.

Der I. Entw. des B. G. B. wollte dem Verwahrer in allen Fällen nach allgemeinen Grundsätzen die Haftung für jede Fahrlässigkeit auferlegen. Die nun nach § 690 eintretende, der Billigkeit und der Auffassung des Lebens entsprechende Milderung der Haftung bei unentgeltlich übernommener Aufbewahrung ist von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. (II § 630) beschlossen worden.

§ 691. Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach § 278 verantwortlich.

Daß die Substitutionsbefugniß dem Verwahrer „im Zweifel" nicht eingeräumt ist, beruht auf der Erwägung, daß der Verwahrungsvertrag ähnlich wie das Mandat in der Regel auf einem dem Verwahrer geschenkten besonderen Vertrauen beruht. (Mot. II S. 574 f.)

Das Preuß. und Französ. Recht enthält in dieser Beziehung keine besondere Bestimmung. — Das Sächs. B. G. B. § 1265 ermächtigt den Verwahrer nur dann die hinterlegte Sache einem Dritten zur Aufbewahrung zu geben, „wenn ihm selbst die Aufbewahrung für die Zukunft unmöglich wird, er aber dem Hinterleger die Sache zurückzugeben nicht im Stande ist".

§ 692. Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage die Aenderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Aenderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem Preuß. Recht (a. a. O. §§ 14—16) und der in § 665 für das Auftragsverhältniß gegebenen Vorschrift.

§ 693. Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Hinterleger zum Ersatze verpflichtet.

Die Bestimmung entspricht der für den Auftrag im § 670 gegebenen Vorschrift. — Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 42—44, Sächs. B. G. B. § 1273, code civil art. 1947.

Die Reg.-Vorlage (§ 680) sowie der I. und II. Entw. enthielten auch die Bestimmung: „Aufgewendetes Geld hat der Hinterleger von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen".

---

[1]) Vgl. l. 1 §§ 6, 16, 20—22, 35, l. 32 D. depositi vel contra, 16, 3.

Dieser Satz ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 53) als nach der allgemeinen Vorschrift des § 256 überflüssig gestrichen worden.

§ 694. Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß, oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat.

Die Schadensersatzpflicht des Hinterlegers war im I. Entw. § 622 für den Fall festgesetzt,

> „wenn er die schadendrohende Beschaffenheit der Sache gekannt hat oder kennen mußte und dem Verwahrer die Beschaffenheit nicht angezeigt hat".

Nach der jetzigen von der Komm. f. d. 2. Lesung des Entw. beschlossenen Fassung der Vorschrift (II § 634) ist eine Anzeige für unnöthig erklärt, wenn der Verwahrer anderweit von der gefahrdrohenden Beschaffenheit der Sache Kenntniß erlangt hat. Es ist ferner die Beweislast — im Anschluß an die für die Unmöglichkeit der Leistung und für den Verzug gegebenen Vorschriften (§§ 282, 285) — dem Hinterleger auferlegt worden, und zwar aus Billigkeits-Rücksichten gegen den Verwahrer, da derselbe nur in den seltensten Fällen in der Lage sein würde, den Beweis der Kenntniß oder verschuldeten Unkenntniß des Hinterlegers anders als durch Eideszuschiebung an ihn zu führen. (Vgl. v. Jecklin, der Entw. rc. in 2. Lesung, Gruchot, Beiträge Bd. 40 S. 86.)

Die Haftung des Hinterlegers ist hiernach eingeschränkter als nach bisherigem Recht.

Nach Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 42, 43) haftet der Hinterleger auch für ein geringes Versehen, bei Hinterlegung wegen dringender Gefahr (depositum miserabile) dagegen nur für ein mäßiges Versehen. Nach Französ. Recht (code civil art. 1947) hat der Hinterleger allen Schaden zu ersetzen, welchen die hinterlegte Sache etwa dem Hinterleger veranlaßt hat.

Die Vorschrift des § 694 beruht auf der Erwägung, daß der Hinterleger im Verwahrungsvertrage keine Verpflichtung, bezw. Garantie dafür übernehme, daß dem Verwahrer aus der Hinterlegung kein Schaden entstehe; nur vom Standpunkte eines beim Vertragsabschluß begangenen Versehens (culpa in contrahendo) lasse sich eine solche Verpflichtung begründen, und auf der Annahme eines solchen Versehens beruhe die getroffene Bestimmung. (Mot. II S. 582.)

§ 695. Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist.

Die Rückgabe der zur Verwahrung erhaltenen Sache galt im Röm. Recht derartig als Vertrauenssache, daß sie auch nicht durch Berufung auf ein sonst begründetes Zurückbehaltungs-Recht (Retentionsrecht) oder durch Aufrechnung (Compensation) mit Forderungen des Verwahrers abgelehnt werden konnte [1]). Im Anschluß an diese Bestimmung des Röm. Rechts erklären auch die neuern Gesetzgebungen gegen Forderungen aus einem Verwahrungs-Vertrage die Ausübung eines Retentionsrechts oder eine Aufrechnung, falls nicht etwas anderes vereinbart ist, für unstatthaft, abgesehen von der Retention wegen für die Sache gemachter Aufwendungen. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 77, 78, Tit. 16 §§ 363, 364, Sächs. B. G. B. § 1271, code civil art. 1293, 1948.

Im B. G. B. ist jedoch beim Verwahrungsvertrage gleichwie bei der Leihe und beim

[1]) l. 11 pr. C. depositi 4, 34, — l. 14 § 1 C. de compensationibus, 4, 31.

Mandat die Aufrechnung und das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeschlossen worden. Vgl. Mot. II S. 579 f.

§ 696. Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 46 ff., Sächs. B. G. B. § 1268.

§ 697. Die Rückgabe der hinterlegten Sache hat an dem Orte zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war; der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen.

Die Vorschrift entspricht dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 73—75.

§ 698. Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

Die Bestimmung entspricht der für den Auftrag in § 668 gegebenen Vorschrift.

§ 699. Der Hinterleger hat die vereinbarte Vergütung bei der Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablaufe der für sie bestimmten Zeit, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung verlangen, sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein Anderes ergiebt.

1. Die Vorschriften des § 699 schließen sich an die über die Vergütung beim Dienst- und Werkvertrag gegebenen Bestimmungen an (§§ 614, 641, 645). Der 2. Satz des Abs. 1 des § 699 ist in der 2. Lesung des Entw. hinzugefügt worden.

2. Die Bestimmung des § 699 Abs. 2 entspricht der Römisch-rechtlichen Auffassung, wonach der Verwahrungsvertrag als unentgeltlicher lediglich im Interesse des Hinterlegers geschlossener Vertrag von demselben zu jeder Zeit aufgehoben werden konnte. Nach dem B. G. B. kann aber der Hinterleger auch den entgeltlichen Verwahrungsvertrag zu jeder Zeit aufheben und sich so von der Zahlung der vereinbarten Gegenleistung für die Zukunft befreien. Diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über Vertrags-Erfüllung entspricht nicht der muthmaßlichen Absicht der Parteien bei entgeltlichen Verwahrungsverträgen, während nach den modernen Verhältnissen gerade die gewerbsmäßige, entgeltliche Uebernahme der Aufbewahrung hauptsächlich in Betracht kommt [1]. Nach dem B. G. B. muß sich also der Verwahrer den Anspruch auf die vollständige vereinbarte Vergütung durch eine besondere (bisher nicht übliche) Vertragsbestimmung sichern.

§ 700. Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigenthum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll,

[1] Vgl. v. Petrazycki, die Lehre vom Einkommen, II. Bd. S. 380, 383 f.

Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

Bei der Hinterlegung von Werthpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird.

1. Bei dem in § 700 behandelten unregelmäßigen Depositum (depositum irregulare) geht nach Röm. Recht das Eigenthum des Empfangenen wie beim Darlehn auf den Empfänger über, wenn letzterer nach der bei der Hinterlegung getroffenen Vereinbarung nicht dieselben Sachen, sondern nur eine Quantität gleicher Sachen zurückzugeben hat; im Uebrigen wird aber das Geschäft so wie ein Verwahrungsvertrag behandelt, der Hinterleger ist also namentlich berechtigt, die Zurückgabe zu jeder Zeit zu fordern, ohne daß der Verwahrer einen Compensationsanspruch dagegen geltend machen kann. Nach dem B. G. B. (§ 700 Abs. 1 Satz 1) ist dagegen ein solcher Vertrag — wie auch für das Preuß. Recht anzunehmen ist[1]) — grundsätzlich (abgesehen von Zeit und Ort der Rückgabe) wie ein Darlehnsvertrag behandelt.

Ist ein eigentlicher Verwahrungsvertrag abgeschlossen, dem Verwahrer aber der Verbrauch der betr. (vertretbaren) Sachen gestattet, so geht der Vertrag, sobald der Verwahrer sich die Sachen aneignet, in einen Darlehnsvertrag über, wie dies auch das Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 83, 84 bestimmt. Ort und Zeit der Rückgabe bestimmt sich dann aber in der Regel d. h. der muthmaßlichen Absicht der Parteien gemäß nach den Vorschriften über den Verwaltungsvertrag (§ 700 Abs. 1 Satz 3).

2. In der 2. Lesung des Entw. war beantragt, eine Aufrechnung gegen die Forderung des Hinterlegers nur mit Forderungen aus demselben Rechtsverhältnisse zu gestatten. Es wurde hiergegen geltend gemacht, bei der großen Mannigfaltigkeit der Umstände und der Parteiabsichten sei die Entscheidung darüber, was die Parteien gewollt haben, am zweckmäßigsten der Beurtheilung des einzelnen Falles zu überlassen. (Reatz I S. 322.) Dabei wurde ausgeführt, man werde es bisweilen, namentlich beim Giroverkehr der Banken als Parteiabsicht ansehen müssen, daß die Rückgewähr ohne Rücksicht auf Gegenforderungen des Verwahrers jederzeit sofort erfolgen müsse; in andern Fällen verstoße dagegen die Aufrechnung keineswegs gegen die Parteiabsicht, z. B. im Depositenverkehr der Banken, wo das im bisher. Recht geltende Verbot der Aufrechnung vertragsmäßig außer Kraft gesetzt zu werden pflege. Im Gesetze selbst haben aber diese Ausführungen keinen Ausdruck gefunden, sie sind also für die Rechtsanwendung nicht maßgebend.

3. Die in den II. Entw. § 640 aufgenommene Bestimmung des § 700 Abs. 2 ist gegen die im Depotgeschäft der Bankiers in neuerer Zeit vielfach hervorgetretenen Mißbräuche gerichtet. Die Gestattung der Aneignung hinterlegter Werthpapiere kann hiernach nur ausdrücklich, nicht, wie in den Fällen des § 700 Abs. 1, auch stillschweigend erfolgen. Auch die Berufung auf (unsichere bezw. schwer festzustellende) Usancen ist dadurch dem Verwahrer abgeschnitten.

Nach dem Gesetze vom 5. Juli 1896, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere (R. G. Bl. S. 183) ist die gedachte Vereinbarung, falls

---

[1]) Vgl. Urth. des R. G. vom 17. Mai 1884, Entsch. Bd. 11 S. 322.

der Hinterleger nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur gültig, soweit sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich ertheilt wird.

Dreizehnter Titel.
Einbringung von Sachen bei Gastwirthen.

§ 701. Ein Gastwirth, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht wird oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entsteht.

Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirth oder Leuten des Gastwirths, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat.

Ein Anschlag, durch den der Gastwirth die Haftung ablehnt, ist ohne Wirkung.

1. Die in ihren Grundgedanken dem bisherigen Recht entsprechenden Vorschriften bezüglich der Haftung der Gastwirthe sind aus dem Röm. Recht übernommen. Sie waren dort durch ein Mißtrauen gegen die Gastwirthe diktirt[1]), wofür es nach den jetzigen Verhältnissen an jedem Anhalt fehlt.

Die Bestimmungen beruhen auf der Erwägung, es könne nicht den sonst geltenden allgemeinen Grundsätzen gemäß die Ersatzpflicht des Gastwirths von dem nach Lage der Verhältnisse nur selten möglichen Nachweise abhängig gemacht werden, daß der Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen durch schuldhafte Verletzung der vertragsmäßigen Verpflichtung des Gastwirths verursacht worden sei. (Mot. II S. 584, Denkschr. S. 83.)

2. Nach Preuß. A. L. R. Th. II Tit. 8 § 447 ist der Gastwirth haftfrei, wenn „ausgemittelt", d. h. seinerseits erwiesen worden, daß der Schaden „durch eigenes grobes oder mäßiges Verschulden des Reisenden oder durch äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder vorhersehen noch verhüten" konnte, entstanden ist. — Das B. G. B. läßt dagegen — in Uebereinstimmung mit dem Sächs. B. G. B. § 1285 — nur den Entlastungsbeweis zu, daß der Schaden — abgesehen von der Verursachung desselben durch den Reisenden 2c. oder durch die Beschaffenheit der eingebrachten Sachen — durch höhere Gewalt (vis major) veranlaßt worden ist. Dies kann aber — je nach der Auffassung des Begriffs „höhere Gewalt" — leicht zur Annahme einer im Vergleich mit dem Preuß. Recht verschärften und erweiterten Haftpflicht der Gastwirthe führen. Der Begriff „höhere Gewalt" (vis major) ist nämlich im B. G. B. nicht bestimmt, und es sind die Meinungen darüber in der Doctrin und somit auch in der Praxis sehr verschieden und schwankend; einerseits wird „höhere Gewalt" für Zufall (casus) oder für einen

[1]) Vgl. l. 1 § 1 D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant, 4, 9 (Ulpian.): . . . . nisi hoc esset statutum, materia daretur, cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus.

„höheren Grad" von Zufall gehalten; andererseits werden damit „unabwendbare Naturereignisse" bezeichnet oder „was menschliche Kraft und Vorsicht übersteigt", von ihr nicht abgewendet werden kann u. s. w.[1]). — Die Vorschrift des Preuß. Rechts giebt eine bestimmtere und klarere Abgrenzung. Wenn z. B. ein Gast durch einen von außen verübten Einbruchsdiebstahl geschädigt wird, so liegt „äußere Gewalt" im Sinne des A. L. R. (§ 447 a. a. O.) vor, während doch von „höherer Gewalt" hier kaum die Rede sein kann. Es soll aber doch wohl auch in einem solchen Falle die Haftpflicht des Gastwirths ausgeschlossen sein. Eine Erweiterung seiner Haftung im Vergleich mit dem bisherigen Recht war nicht beabsichtigt, und ist hiernach wohl „höhere Gewalt" im Sinne des § 700 dann für vorliegend zu erachten, wenn das betr. Ereigniß vom Gastwirth auch bei sorgfältigster Aufmerksamkeit nicht verhütet werden konnte. Zu ungewöhnlichen Vorkehrungen, wie z. B. Vergittern der Gastzimmer gegen Einbruchsgefahr, wird aber der Gastwirth nach der Absicht des Gesetzes nicht für verpflichtet zu halten sein. Vgl. Bemrk. 3 zu § 618.

3. Ob die „Aufnahme" des Gastes erfolgt ist, ist nach Lage des konkreten Falles zu beurtheilen; „nichts steht entgegen, das Erforderniß der Aufnahme namentlich schon dann als erfolgt anzusehen, wenn der Fremde am Eisenbahnhofe mit dem Führer des Gastwagens sich verständigt hat" (Mot. II S. 585 f.).

4. Das Sächs. B. G. B. (§ 1286) enthält die Bestimmung:

> In Beziehung auf Sachen, welche der Fremde bei seiner Abreise mit Einwilligung des Wirthes zurückläßt, dauert die Haftpflicht fort.

Eine solche Bestimmung ist als nicht erforderlich in das B. G. B. nicht aufgenommen worden (Mot. II S. 586). In den betr. Fällen genügen die allgemeinen Vorschriften über Verwahrung, Auftrag oder Speditionsvertrag.

5. Nach allgemeinen Grundsätzen kann die Haftung des Gastwirths durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Gaste ermäßigt oder erlassen werden. Ein die Haftung des Gastwirths ablehnender Anschlag ist aber ausdrücklich für unwirksam erklärt, um die in dieser Hinsicht in der Praxis hervorgetretenen Streitigkeiten bezw. Zweifel abzuschneiden. (Mot. II S. 587, Denkschr. S. 86.)

§ 702. **Für Geld, Werthpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirth nach § 701 nur bis zu dem Betrage von eintausend Mark, es sei denn, daß er diese Gegenstände in Kenntniß ihrer Eigenschaft als Werthsachen zur Aufbewahrung übernimmt oder die Aufbewahrung ablehnt oder daß der Schaden von ihm oder von seinen Leuten verschuldet wird.**

Der I. Entw. § 627 wollte den Gastwirth „für solche Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten, welche nicht zu den laufenden Bedürfnissen des Gastes dienen", nur dann für haftbar erklären, „wenn dieselben ihm zur Aufbewahrung übergeben sind, oder wenn er es abgelehnt hat, ihre Aufbewahrung zu übernehmen, oder wenn der Schaden von ihm oder seinen Leuten verschuldet ist".

Die jetzige Bestimmung ist mit Rücksicht auf die aus der Einbringung von Geld und Werthsachen für den Gastwirth sich ergebenden besondern Gefahren in der 2. Lesung des Entw. (II § 642) beschlossen worden. Die Bestimmung bezüglich der Anzeige der Beschaffenheit der Sachen entspricht den für den Land- und Seefrachtverkehr geltenden Vorschriften (H. G. B. Art. 395, 608).

---

[1]) Vgl. z. B. Exner, der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im Röm. und heutigen Verkehrsrecht, S. 6 ff., 13 f., — Gerth, der Begriff der vis major im Röm. und Reichsrecht, S. 105 ff., 190 ff.

Die regelmäßige Beschränkung der Haftung des Gastwirths auf einen Höchstbetrag von 1000 Mk. entspricht einem Französ. Gesetze vom 18. April 1889. (Denkschr. S. 86.)

§ 703. Der dem Gaste auf Grund der §§ 701, 702 zustehende Anspruch erlischt, wenn nicht der Gast unverzüglich, nachdem er von dem Verlust oder der Beschädigung Kenntniß erlangt hat, dem Gastwirth Anzeige macht. Der Anspruch erlischt nicht, wenn die Sachen dem Gastwirthe zur Aufbewahrung übergeben waren.

1. Die Bestimmung ist in den II. Entw. (§ 643) aufgenommen worden, um den Gastwirth gegen verspätete und frivole Ansprüche zu schützen und ihm Gelegenheit zu geben, für rechtzeitige Untersuchung des Vorfalls und gegebenen Falls für Wiedererlangung der verloren gegangenen Sachen Sorge tragen zu können.

2. Daß der Anspruch des Gastes wegen Unterlassung rechtzeitiger Verlust-Anzeige erloschen sei, ist vom Gastwirth zu erweisen; der Gast hat nicht die Erstattung der Anzeige zu behaupten und zu beweisen. Hierüber herrschte auch in der Kommission für die 2. Lesung des Entw. Einigkeit (Reatz I S. 324 Note 1).

§ 704. Der Gastwirth hat für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen, ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes. Die für das Pfandrecht des Vermiethers geltenden Vorschriften des § 559 Satz 3 und der §§ 560 bis 563 finden entsprechende Anwendung.

1. Das dem Gastwirthe gewährte gesetzliche Pfandrecht entspricht im Wesentlichen dem bisher. Recht. (Vgl. Preuß. A. L. R. Th. II Tit. 8 § 455, Deklaration vom 21. Juli 1846, Ausführ.-Gesetz zur Deutschen Konk.-Ordn. vom 6. März 1879, — code civil art. 2102, Nr. 5.)

2. Das Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen (§ 559 Satz 3). Es erlischt mit der Entfernung der Sachen, sofern dieselbe nicht ohne Wissen oder unter Widerspruch des Gastwirths erfolgt. Der Gast darf jedoch die Sachen entfernen, wenn und soweit dies seinem regelmäßigen Geschäftsbetriebe oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht (§ 560). Vgl. ferner §§ 561—563.

Vierzehnter Titel.

Gesellschaft.

§ 705. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

1. Den Vorschriften des I. Entw. über die Gesellschaft (§§ 629—658) lag die Auffassung des Röm. und gem. Rechts, sowie des Sächs. B. G. B. zu Grunde, wonach der Gesellschaftsvertrag nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß unter den Gläubigern begründet, ohne daß ein besonderes, auch Dritten gegenüber als solches selbständig für sich in Betracht kommendes Gesellschaftsvermögen besteht; jeder Gesellschafter kann über seinen Antheil an den einzelnen Gegenständen verfügen, und dieser Antheil unterliegt der Zwangsvollstreckung Seitens der Gläubiger des einzelnen Gesellschafters.

Nach der im II. Entw. (§ 645 ff.) erfolgten Regelung geht dagegen das B. G. B. von dem nicht ausdrücklich ausgesprochenen, aber aus den Vorschriften des Gesetzes (§§ 718 bis 720) sich ergebenden Grundsatze aus, daß das Gesellschaftsvermögen ein „Gesammtgut" nach Deutsch-rechtlichen Grundsätzen bildet, so daß — im Gegensatz zum Römisch-rechtlichen Miteigenthum — während der Dauer der Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern ein selbständig für sich in Betracht kommender Antheil (ideeller Theil) nicht zusteht, sie vielmehr nur gemeinschaftlich über das Gesellschaftsvermögen verfügen und Zwangsvollstreckungen in dasselbe nur auf Grund eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels erfolgen können.

Es entspricht dies der Auffassung, welche für vertragsmäßige Gemeinschaften auch im Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 17 §§ 198, 263—268, 60—78) gilt, desgl. bei der offenen Handelsgesellschaft (H. G. B. Art. 119—122, 126).

Die Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse nach dem System der gesammten Hand entspricht — wie von der Mehrheit der Komm. f. d. 2. Lesung des Entw. geltend gemacht wurde — einerseits der Absicht der Parteien, die sich nicht gegenseitig die eingebrachten einzelnen Vermögensstücke zu Miteigenthum und ein einseitiges Verfügungsrecht darüber zu übertragen gedenken; andererseits wird durch diese Rechtsgestaltung die Erreichung der Gesellschaftszwecke weit mehr gesichert, namentlich gegenüber den Privatgläubigern eines Gesellschafters, als nach dem Römisch-rechtlichen Miteigenthum. (Vgl. Reatz I S. 329 ff.)

2. Unberührt geblieben sind die reichsgesetzlichen Bestimmungen über Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Aktiengesellschaften, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, ferner die bezügl. Vorschriften der Gewerbeordnung, der Hilfskassen-, Krankenversicherungs- und Unfallversicherungsgesetzgebung.

Die Regelung der Rechtsverhältnisse der dem Gebiete des Versicherungsrechts angehörenden Gesellschaften (zur Lebensversicherung ꝛc.) ist im B. G. B. nicht erfolgt.

3. Die Vorschriften über die Gesellschaft finden namentlich auch auf nicht rechtsfähige Vereine Anwendung (§ 54).

§ 706. Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnvertheilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen.

Betreffs der Folgen der Nichtleistung der Beiträge, insbesondere des Verzugs gelten die allgemeinen Grundsätze. Die Nichterfüllung der betr. Verpflichtung kann aber jeden der andern Gesellschafter unter Umständen zur Kündigung der Gesellschaft berechtigen (§ 723).

§ 707. Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet.

1. Nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 190 ff.) ist ebenfalls kein Gesellschafter zu erhöhten Beiträgen verpflichtet; sind dieselben aber zur Erreichung des Gesellschaftszweckes nothwendig, so kann das die erhöhten Beiträge verweigernde Mitglied zum Austritt aus der Gesellschaft von den andern Gesellschaftern angehalten werden oder auch selbst austreten.

2. Zum Zweck der Schuldentilgung bei der Auseinandersetzung sind die Gesellschafter nach § 735 erhöhte Beiträge zu leisten verpflichtet.

§ 708. Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 211—214, Sächs. B. G. B. § 1371.

Nach Preuß. Recht (a. a. O. § 212) haftet aber der Gesellschafter, der außer seinem Gewinnantheil noch eine besondere Vergütung für seine Geschäftsbesorgung behält, für ein dabei begangenes Versehen nach den allgemeinen bezüglich des Geschäfts selbst ergangenen Vorschriften. Nach dem B. G. B. gilt auch in diesem Fall § 708.

§ 709. Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

Die dispositive Vorschrift des § 709 Abs. 1 entspricht dem gem. Recht sowie dem Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 206, 207) und dem Sächs. B. G. B. § 1367.

Nach Franz. Recht (code civil art. 1859) sowie nach dem H. G. B. Art. 102 ist dagegen in Ermangelung einer anderweiten Vereinbarung jeder einzelne Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaftsgeschäfte zu betreiben; beim Widerspruch eines Gesellschafters muß aber die betr. Handlung unterbleiben.

§ 710. Ist in dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so finden die Vorschriften des § 709 entsprechende Anwendung.

§ 711. Steht nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist, so kann jeder der Vornahme eines Geschäfts durch den andern widersprechen. Im Falle des Widerspruchs muß das Geschäft unterbleiben.

§ 712. Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniß zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluß oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des § 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

Der I. Entw. § 638 Abs. 2 bestimmte im Anschluß an das Sächs. B. G. B. § 1368 und an das Französ. Recht (code civil art. 1856):

Ein Gesellschafter, welcher im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung übernommen hat, ist nicht berechtigt, sich derselben zu entziehen.

Die abweichende jetzige Bestimmung (§ 712 Abs. 2, II. Entw. § 652 Abs. 2) entspricht dem Preuß. Recht (a. a. O. § 210), wonach das Verhältniß des Gesellschafters, dem der Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte ohne weitere Bestimmung übertragen worden ist, „nach den Regeln von uneingeschränkten Vollmachtsaufträgen zu beurtheilen ist."

Das Kündigungsrecht steht dem Gesellschafter gleichwie dem Beauftragten auch dann zu, wenn er auf dies Recht verzichtet hat (§ 671 Abs. 3), die Kündigung darf aber nicht zur Unzeit erfolgen (§ 672 Abs. 2).

§ 713. Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniß ein Anderes ergiebt.

Der I. Entw. erklärte in dem dem § 713 (II § 653) entsprechenden § 639 die für den Auftrag geltenden Vorschriften für anwendbar „auf die Rechte und Pflichten der im Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern". Diese Formulirung war deshalb gewählt, weil im I. Entw. eine solche Berufung zur Geschäftsführung an und für sich nicht als Mandat betrachtet und demzufolge auch (vgl. Bemrk. zu § 712) dem betr. Gesellschafter nicht gestattet war, die Geschäftsführung niederzulegen (zu kündigen); hiervon wurde der Fall unterschieden, wenn der Gesellschafter nicht in seiner Eigenschaft als solcher, sondern „lediglich kraft eines gewöhnlichen Mandats" die Geschäftsführung übertragen erhalten hatte; dann sollte ihm auch Widerruf und Kündigung des Mandats nach den dafür geltenden allgemeinen Grundsätzen freistehen. (Mot. II S. 605.) Eine solche in der Praxis kaum durchführbare subtile Distinction ist nun nach der Vorschrift des § 712 Abs. 2 gegenstandslos geworden, und ist demgemäß auch die Vorschrift in der jetzigen Weise formulirt worden.

§ 714. Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniß zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die andern Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.

Die Bestimmung entspricht dem Preuß. Recht (a. a. O. §§ 210, 231). Der geschäftsführende Gesellschafter gilt innerhalb der ihm übertragenen Geschäftssphäre Dritten gegenüber als Bevollmächtigter der übrigen Gesellschafter, so daß er die betr. Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abschließen kann, nicht in eigenem Namen abzuschließen braucht.

§ 715. Ist im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter ermächtigt, die andern Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, so kann die Vertretungsmacht nur nach Maßgabe des § 712 Abs. 1 und, wenn sie in Verbindung mit der Befugniß zur Geschäftsführung ertheilt worden ist, nur mit dieser entzogen werden.

Die Vorschrift des § 715 bildet eine Ausnahme von der Regel der freien Widerruflichkeit der Vollmacht (§ 168), da die einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage ertheilte Vollmacht einen wesentlichen Theil seiner Vertragsrechte bildet.

§ 716. Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

1. Die Vorschrift des § 716 ist dem Art. 105 des H. G. B. nachgebildet, mit der in der 2. Lesung des Entw. (§ 656 Abs. 2) beschlossenen Maßgabe, daß nicht erst der Nachweis, sondern schon der Verdacht einer Unredlichkeit der in § 716 Abs. 2 gedachten Vereinbarung ihre Wirkung entzieht.

2. Die Informationseinziehung nach § 716 kann nur durch den Gesellschafter persönlich bezw. durch seinen gesetzlichen Vertreter (Vormund &c.), nicht durch einen Bevollmächtigten erfolgen. Es ist aber — wie nach der analogen Vorschrift des H. G. B. Art. 105 — so auch nach dem B. G. B. nicht für unzulässig zu erachten, daß der Gesellschafter bei der Einsicht der Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft sich der Hülfe Dritter (Sachverständiger) bedient. Vgl. das auf Art. 105 des H. G. B. sich beziehende Urtheil des R. O. H. G. vom 10. September 1872, Entsch. Bd. 7 S. 75.

§ 717. Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältniß gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnantheil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

§ 718. Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.

§ 719. Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Theilung zu verlangen.

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.

Die Bestimmungen der §§ 717—719 ergeben sich aus dem Grundsatze, daß das Gesellschaftsvermögen ein Gesammtgut, ein Eigenthum zur gesammten Hand bildet. Vgl. Bemrk. 1 zu § 705.

§ 720. Die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen,

wenn er von der Zugehörigkeit Kenntniß erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

Hat der Schuldner die Zugehörigkeit der betr. Forderung zum Gesellschaftsvermögen nicht gekannt, so wird er in seinem guten Glauben gemäß § 720 geschützt, indem ihm eine ähnliche Rechtsstellung eingeräumt ist, wie nach §§ 406 bis 408 dem Schuldner einer cedirten Forderung, der von der Cession keine Kenntniß gehabt hat.

§ 721. Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluß und die Vertheilung des Gewinnes und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahres zu erfolgen.

Die Bestimmungen des § 721 entsprechen — abgesehen von den Vorschriften des H. G. B. für die offene Handelsgesellschaft — dem Preuß. A. L. R. a. a. O. § 261, — § 721 Abs. 1 auch dem Sächs. B. G. B. § 1387.

§ 722. Sind die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Antheil am Gewinn und Verluste.

Ist nur der Antheil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust.

Die Bestimmung des § 722 Abs. 1 entspricht dem gem. Recht, dem Sächs. B. G. B. § 1365 und dem H. G. B. Art. 109, 268. — Das Preuß. Recht (a. a. O. §§ 244, 251—258) sowie das Französ. Recht (code civil art. 1853) erklären dagegen in Ermangelung einer Vereinbarung die Beiträge der Gesellschafter betreffs der Gewinn- und Verlust-Vertheilung für maßgebend, wobei aber der Antheil desjenigen, der nur seine Thätigkeit dargeboten hat, dem Antheil dessen gleichgestellt ist, der den geringsten Kapitalsbeitrag geleistet hat. — Eine solche Unterscheidung zwischen der Art der Beiträge ist in den Mot. II S. 617 für die gesetzliche Bestimmung nicht für angemessen, vielmehr „zu einer mißlichen Kasuistik“ führend erachtet.

§ 723. Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen. Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig.

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er den übrigen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

1. Daß die Gesellschaft mit Ablauf der Zeit aufhört, für welche sie eingegangen ist, (H. G. B. Art. 123 Nr. 5, 260 Nr. 5) oder mit dem Eintritte der Resolutivbedingung, unter welcher sie eingegangen ist, daß sie ferner durch gegenseitige Uebereinkunft aufgelöst werden kann (H. G. B. Art. 123 Nr. 4), dies im Gesetze zu erwähnen, ist nicht für erforderlich erachtet worden (Mot. II S. 617).

2. Nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 269, 270, 289) kann jeder Gesellschafter aus einer Gesellschaft, deren Dauer nicht auf einen rechnungsmäßig bestimmten Zeitraum oder durch Beziehung auf die Ausführung gewisser Geschäfte begrenzt ist, nach Gutdünken austreten, ohne daß dadurch die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt wird[1]; der Austritt aus Gesellschaften von bestimmter Dauer findet dagegen nur insoweit statt, als das A. L. R. überhaupt den Rücktritt von Verträgen gestattet; die Gesellschaft wird dann aber nicht aufgelöst; jedoch ist jedes Mitglied zum Austritt berechtigt, wenn ein Mitglied abgeht, „von dessen Betriebe und Einsichten die Geschäfte der Gesellschaft oder ein gewisser Zweig desselben bisher hauptsächlich abgehangen haben". (§§ 270—272, 290 ff.)

Abgesehen vom Preuß. Recht entsprechen die Vorschriften des § 723 im Wesentlichen dem bisher. Recht. Vgl. Sächs. B. G. B. §§ 1379, 1380, 1382, code civil art. 1844, 1865, 1869—1871.

§ 724. Ist eine Gesellschaft für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen, so kann sie in gleicher Wese gekündigt werden, wie eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft. Dasselbe gilt, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird.

Die Bestimmung des § 724 Satz 1 entspricht dem Preuß. A. L. R. a. a. O. § 289, dem Französ. Recht (code civil art. 1847, 1869) und dem H. G. B. Art. 123 Abs. 2. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß das Eingehen einer Gesellschaft für die Lebenszeit des Gesellschafters einen zu weit gehenden, von der Rechtsordnung nicht anzuerkennenden Verzicht auf seine Willensfreiheit enthält.

§ 725. Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Antheils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältniß ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnantheil, nicht geltend machen.

Eine unmittelbare Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen kann der Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters nicht beanspruchen, so lange die Gesellschaft besteht. Es ergiebt sich dies aus dem Grundsatze, daß das Gesellschaftsvermögen ein Gesammtgut bildet. Vgl. Bemrk. 1 zu § 705.

§ 726. Die Gesellschaft endigt, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist.

---

[1] Vgl. Urth. des R. G. vom 18. April 1883, Entsch. Bd. 9 S. 108 ff.

§ 727. Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt.

Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Das B. G. B. geht von der Auffassung aus, daß die Gesellschaft ein wesentlich an die Person der Gesellschafter gebundenes Vertragsverhältniß sei, und läßt demzufolge der Regel nach mit dem Tode eines der Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft eintreten. Es entspricht dies — abgesehen vom Preuß. A. L. R. — dem bisherigen Recht. (Vgl. Sächs. B. G. B. §§ 1383, 1384, code civil art. 1865, 1868, H. G. B. Art. 123 Nr. 2.)

Nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 278—290) besteht dagegen beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft fort, und es treten die Erben des Verstorbenen an dessen Stelle; hatte aber das verstorbene Mitglied zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts oder Gewerbes durch Handlungen mitzuwirken, kam es also wesentlich auf seine Persönlichkeit an, so steht in Ermangelung einer anderen Vereinbarung „den Erben des Verstorbenen sowohl als den übrigen Mitgliedern der Rücktritt vom Vertrage offen“.

§ 728. Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die Vorschriften des § 727 Abs. 2 Satz 2, 3 finden Anwendung.

Nach Preuß. Recht (A. G. O. Th. I Tit. 50 § 291, Einführ.-Ges. zur Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, Art. II) erlischt die Gesellschaft nicht ohne weiteres mit dem Konkurse über das Vermögen eines Gesellschafters, es berechtigt aber der Konkurs den Konkursverwalter und die übrigen Gesellschafter von der Gesellschaft zurückzutreten.

§ 729. Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniß zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß.

Die Vorschrift entspricht der für den Auftrag in § 674 gegebenen Bestimmung.

§ 730. Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt.

Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugniß zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein Anderes ergiebt, mit der Auflösung der Gesellschaft;

die Geschäftsführung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.

§ 731. Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung in Gemäßheit der §§ 732 bis 735. Im übrigen gelten für die Theilung die Vorschriften über die Gemeinschaft.

Nach Röm. und gem. Recht und im Anschluß daran nach dem Sächs. B. G. B. (§§ 257, 340—344) erfolgt nach Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung in Ermangelung einer anderen Vereinbarung auf Grund einer Theilungsklage (actio communi dividundo) durch ein sog. constitutives Theilungsurtheil, wobei der Richter befugt ist, nach einem Ermessen die Art der Theilung zu bestimmen und zu ihrer Ausführung den einzelnen Theilhabern Sachen oder Rechte zuzusprechen, bezw. durch seine Entscheidung Rechte zu begründen oder aufzuheben. In ähnlicher Weise ist das Verfahren nach dem Französ. Recht (code civil art. 815 ff., 826, 831 ff., 1686 ff., 1872) geregelt, wobei aber in erster Reihe Theilung in Natur und nur wo diese nicht möglich oder nicht angemessen ist, Versteigerung und Theilung des Erlöses vorgeschrieben ist.

Das B G. B. hat dagegen — in Uebereinstimmung mit dem Preuß. Recht (a. a. O. §§ 87—90) — das unzweckmäßige, dem Richter eine anomale, schwer zu lösende Aufgabe stellende Theilungsurtheil nicht aufgenommen, vielmehr gesetzlich die Grundsätze und die Art der Theilung normirt.

§ 732. Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen.

§ 733. Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluß derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften. Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.

Aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Werth zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden.

Zur Berichtigung der Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen.

Aus den gemeinschaftlich gewordenen — nicht nur zur Benutzung (quoad usum) überlassenen und gemäß § 732 zurückzugebenden — Gegenständen, bezw. aus deren Erlöse sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden und die Einlagen zu berichtigen. Die Theilung der dann noch verbleibenden Gegenstände erfolgt gemäß §§ 731 Satz 2, 752 in Natur oder, wenn eine solche Theilung ausgeschlossen ist, durch Verkauf (§§ 753, 754).

§ 734. Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Ueberschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältniß ihrer Antheile am Gewinne.

Vgl. § 722 und die Bemrk. dazu.

§ 735. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältniß aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen.

1. Nach dem I. Entw. § 656 Abs. 2 sollte, wenn das nach Berichtigung der Schulden verbliebene Gesellschaftsvermögen zur Rückerstattung der Einlagen nicht ausreicht, nur eine verhältnißmäßige Erstattung der letztern stattfinden und der Ausfall von den betr. Gesellschaftern getragen werden.

Im II. Entw. § 670 (jetzt § 735) sind die Einlagen hinsichtlich der Verpflichtung zur Deckung des Fehlbetrages den gemeinschaftlichen Schulden gleichgestellt worden, indem diese Regelung von der Mehrheit der Kommission als der Anschauung des Lebens und der muthmaßlichen Absicht der Parteien entsprechend angesehen wurde. (Reatz I S. 339, v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 111.)

2. Am Verlust-Ersatze im Sinne des § 735 nehmen alle Gesellschafter Theil, nicht nur — wie nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 255—258) — diejenigen, deren Einlagen in Geld bestanden haben, sondern auch diejenigen, welche nur Dienstleistungen beigetragen haben. Es erschien dies der durch die Gesellschaft begründeten Gemeinschaft entsprechend. (Mot. II S. 628.)

§ 736. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus.

Die Vorschrift entspricht dem H. G. B. Art. 127. — Das Französ. Recht (code civil art. 1868) erwähnt nur (als zulässig) die Vereinbarung, daß die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben oder allein unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden solle. — Das Sächs. B. G. B. § 1386 bestimmt in dieser Hinsicht:

Setzen die übrigen Gesellschafter nach dem Austritte eines Gesellschafters in Folge von dessen Kündigung, Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs die Gesellschaft fort, so ist dies, wenn nicht etwas Anderes bestimmt worden, als eine neue Gesellschaft anzusehen".

Betreffs des Preuß. Rechts vgl. Bemrk. zu §§ 727, 728.

§ 737. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das Ausschließungsrecht steht den

übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter.

Die Vorschrift des § 737 ist im Anschluß an das H. G. B. Art. 128 von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. (II § 672) beschlossen worden. — Die Bestimmung ermöglicht in zweckmäßiger Weise den Fortbestand der Gesellschaft, wenn sonst die Auflösung derselben (durch „Kündigung") aus „wichtigen" Gründen, die in der Person eines Gesellschafters liegen (§ 723 Abs. 1 Satz 2) Seitens eines der übrigen Gesellschafter herbeigeführt werden kann.

§ 738. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Werth des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.

Die Bestimmung, daß der Antheil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ohne weiteres, ohne einen (im I. Entw. § 658 Abs. 4 erforderten) besondern Uebertragungsact den übrigen Gesellschaftern zuwächst, hängt mit der Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses nach den Grundsätzen der gesammten Hand zusammen. Die Bestimmung dient auch dazu, die weitere ungestörte Verfolgung der Gesellschaftszwecke zu sichern, indem danach die Verfügungen der verbleibenden Gesellschafter von einem etwaigen Widerspruch des Ausgeschiedenen unabhängig gemacht sind. (v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 102, Denkschr. S. 88.)

§ 739. Reicht der Werth des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Antheils am Verlust aufzukommen.

Die Deckung der Einlagen ist auch hier wie in § 735 (vgl. Bemrk. 1 dazu) der Deckung der Schulden im II. Entwurf (§ 673 Abs. 2) gleichgestellt worden.

§ 740. Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste Theil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

Die Bestimmungen des § 740 schließen sich an Art. 130 des H. G. B. an.

Der I. Entw. (§ 659) wollte den zum Zwecke der Betreibung eines Erwerbsgeschäfts eingegangenen Gesellschaften gestatten, die Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften zu vereinbaren, und der II. Entw. (§ 675)

wollte solchen Gesellschaften es auch ermöglichen, die Rechtsform der Kommanditgesellschaft zu wählen. Diese Bestimmungen sind vom Bundesrath gestrichen worden. Ein praktisches Bedürfniß für dieselben ist auch wohl kaum hervorgetreten.

Fünfzehnter Titel.

Gemeinschaft.

§ 741. Steht ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt, die Vorschriften der §§ 742 bis 758 Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchtheilen).

1. Steht das Eigenthum oder ein anderes Recht Mehreren gemeinschaftlich zu, so sind, soweit nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt, für das Gemeinschaftsverhältniß die in den §§ 742—758 aufgestellten Grundsätze nach § 741 dergestalt absolut maßgebend, daß sie durch Vereinbarung der Parteien nicht geändert oder durch ein anderes Gemeinschaftsverhältniß (insbesondere ein Eigenthum zu gesammter Hand) ersetzt werden können.

2. Besonders geregelt sind im B. G. B. und zwar nach dem Deutsch-rechtlichen System der gesammten Hand (vgl. Bemrk. 1 zu § 705): Die Gesellschaft (§§ 705 ff.), die allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten (§§ 1437 ff.), die fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen den überlebenden Ehegatten und seinen und des verstorbenen Ehegatten gemeinschaftlichen Abkömmlingen (§§ 1483 ff.), die Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff.) und die Fahrnißgemeinschaft (§§ 1549 ff.) unter Ehegatten sowie die Gemeinschaft der Miterben (§§ 2032 ff.).

Die Vorschriften für die gewöhnliche Gemeinschaft (§§ 742 ff.) beruhen auf dem Grundsatze des Römischen Rechts, wonach den einzelnen Theilhabern am gemeinsamen Rechte (Miteigenthum rc.) ein ideeller, im Verhältniß zum Ganzen gedachter Antheil zusteht, welcher auch schon vor der Auseinandersetzung der Verfügung des einzelnen Theilhabers und dem Zwangsvollstreckungsrecht seiner Gläubiger unterliegt. Daneben hat aber auch der Grundsatz der gesammten Hand in einigen Beziehungen Berücksichtigung gefunden (vgl. insbes. §§ 746, 751).

Andererseits kommen die für die gewöhnliche Gemeinschaft („Gemeinschaft nach Bruchtheilen") aufgestellten Vorschriften zum Theil auch bei den nach dem Grundsatze der gesammten Hand geregelten Gemeinschaften zur Anwendung, nämlich bei der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern (§ 731), bei der Theilung des ehelichen gütergemeinschaftlichen Vermögens (§ 1477 Abs. 1) oder nach Beendigung der Errungenschafts- oder Fahrnißgemeinschaft (§§ 1546 Abs. 1, 1549) und im Verhältniß der Miterben zu einander (§§ 2038 Abs. 2, 2042 Abs. 2, 2044 Abs. 1).

§ 742. Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Theilhabern gleiche Antheile zustehen.

Die in § 742 aufgestellte Vermuthung für die Gleichheit der Antheile entspricht dem bisherigen Recht (vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 17 § 2, Sächs. B. G. B. § 328). — Eine Modifikation des Grundsatzes enthält § 1109 betreffs der Reallasten bei Theilung des berechtigten Grundstücks.

§ 743. Jedem Theilhaber gebührt ein seinem Antheil entsprechender Bruchtheil der Früchte.

Jeder Theilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes

insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird.

§ 744. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Theilhabern gemeinschaftlich zu.

Jeder Theilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes nothwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Theilhaber zu treffen; er kann verlangen, daß diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im voraus ertheilen.

§ 745. Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Antheile zu berechnen.

Jeder Theilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist, eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen.

Eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes kann nicht beschlossen oder verlangt werden. Das Recht des einzelnen Theilhabers auf einen seinem Antheil entsprechenden Bruchtheil der Nutzungen kann nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden.

1. Die Bestimmungen der §§ 744 und 745 bezüglich der Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechen im Wesentlichen den Grundsätzen des Preuß. Rechts (a. a. O. §§ 10 ff., 25 ff., 36 ff.).

Die zum Schutze der Rechte des einzelnen Theilhabers dienende Bestimmung des § 744 Abs. 2 Satz 1 ist von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. (II § 680 Abs. 2) beschlossen worden. Im I. Entw. (§ 766 Abs. 3) war in dieser Hinsicht nur vorgeschrieben, daß der einzelne Theilhaber „zu einer Behufs Erhaltung des Gegenstandes erforderlichen Maßregel im Voraus seine Einwilligung zu ertheilen" verpflichtet sei.

2. Nach § 745 Abs. 2 kann jeder Theilhaber auch gegen den Willen der übrigen eine dem gemeinsamen Interesse entsprechende Verwaltung und Benutzung und zwar durch richterliche Entscheidung herbeiführen. Das in dieser Hinsicht den Umständen nach Angemessene hat der deshalb klagende Theilhaber in seinem Antrage anzugeben (zu „verlangen"); der Antrag ist nicht allgemein dahin zu richten, daß der Richter nach seinem Ermessen die Maßregel bestimme. Mit den Mot. II S. 889 ist hierbei wohl anzunehmen, „daß in der nachträglichen Bezeichnung einer anderen als der in der Klagschrift hervorgehobenen Maßregel eine Klagänderung sich nicht finden läßt" (C. Pr. O. § 240).

§ 746. Haben die Theilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger.

Die Bestimmung ist wie die des § 751 bei der 2. Lesung des Entw. (II § 682) beschlossen worden. Es erschien Vorsorge dagegen praktisch erforderlich, daß ein Theilhaber nicht die über die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes oder

über die Dauer der Gemeinschaft getroffenen Vereinbarungen durch die nach § 747 zulässige Veräußerung seines Antheils an einen Dritten vereitele. (Denkschr. S. 89.) Vgl. Bemrk. 2 zu § 741. — Bezügl. der abweichenden Vorschrift des § 1010 vgl. die Bemrk. 2 zu § 751.

§ 747. Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Theilhaber nur gemeinschaftlich verfügen.

Vgl. Bemrk. 2 zu § 741. — Der Veräußerung des Antheils eines Theilhabers können die übrigen Theilhaber nicht widersprechen, wie sie dies nach Preuß. Recht (a. a. O. § 66) dann thun können, wenn für sie „aus der Person des neuen Mitgenossen" ein Nachtheil entsteht. — Auch ein gesetzliches Vorkaufsrecht, das ihnen nach Preuß. Recht (a. a. O §§ 61 bis 65, 74, Ges. v. 2. März 1850 § 4) zusteht, ist ihnen im B. G. B. nicht eingeräumt.

§ 748. Jeder Theilhaber ist den andern Theilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältniß seines Antheils zu tragen.

§ 749. Jeder Theilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen.

Wird das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung für immer oder auf Zeit ausgeschlossen, so kann die Aufhebung gleichwohl verlangt werden, wenn ein gewichtiger Grund vorliegt. Unter der gleichen Voraussetzung kann, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt wird, die Aufhebung ohne Einhaltung der Frist verlangt werden.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, diesen Vorschriften zuwider ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

Der Grundsatz, daß die Theilhaber nicht dauernd an die Gemeinschaft gebunden sind, entspricht der Natur der Verhältnisse und ist auch im bisher. Recht anerkannt.

Die Bestimmung des § 749 Abs. 2 ist in der 2. Lesung des Entw. (II § 685 Abs. 2) beschlossen worden. Der I. Entw. (§ 767 Abs. 2) enthielt statt dessen die Vorschrift:

„Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für alle Zeit oder für einen längeren Zeitraum als 30 Jahre ausgeschlossen ist, tritt nach Ablauf von 30 Jahren außer Kraft".

§ 750. Haben die Theilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweifel mit dem Tode eines Theilhabers außer Kraft.

Die Auflösung der Gemeinschaft durch den Tod eines Theilhabers ist — wie die der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters (§ 727 Abs. 1) — als regelmäßig der Parteiabsicht entsprechend erachtet, „da erfahrungsmäßig bei solcher Veränderung der Umstände der Ausschluß der Theilung besonders drückend wirkt". (Mot. II S. 880.)

§ 751. Haben die Theilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger.

Hat ein Gläubiger die Pfändung des Antheils eines Theilhabers erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern der Schuldtitel nicht blos vorläufig vollstreckbar ist.

1. Die Bestimmungen des § 751 sind wie die des § 746 in der 2. Lesung des Entw. (II § 687) beschlossen worden. Vgl. die Bemrk. zu § 746.

2. Der Grundsatz, daß die in den §§ 746 und 751 gedachten Vereinbarungen auch gegen den Sondernachfolger wirken, ist in § 1010 für den Fall modificirt, wenn eine solche Vereinbarung von den Miteigenthümern eines Grundstücks getroffen worden ist; den grundbuchrechtlichen Prinzipien gemäß ist dann die Vereinbarung gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers nur rechtswirksam, wenn sie als Belastung des Antheils im Grundbuch eingetragen ist.

§ 752. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Theilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Werthes in gleichartige, den Antheilen der Theilhaber entsprechende Theile zerlegen lassen. Die Vertheilung gleicher Theile unter die Theilhaber geschieht durch das Loos.

Vgl. Bemrk. zu § 731. — Nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 87—90) kann jeder Theilhaber auf öffentlichen Verkauf auch bei theilbaren Sachen antragen, wenn die Interessenten sich nicht „über die Würdigung oder Legung der Theile" einigen.

§ 753. Ist die Theilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Theilung des Erlöses. Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Theilhabern zu versteigern.

Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Theilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt.

Die Worte, welche die Regier.-Vorlage (§ 740) enthielt: „nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung" sind von der R. T. Kommission (Bericht S. 54) zur Klarstellung der Bestimmung („ohne Discussion") durch die Worte: „nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung" ersetzt worden. Hiergegen wurde in der 2. Lesung in der R. T. Kommission beantragt, die Worte „nach den Vorschriften über den Pfandverkauf" durch die Worte: „unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§ 1218, 1220, 1223, 1229" (jetzt §§ 1235, 1237, 1240, 1246) zu ersetzen, eventuell sie zu streichen, da verschiedene Vorschriften über den Pfandverkauf derartig seien, daß ihre Anwendung auf den Verkauf Behufs Theilung der Gemeinschaft nicht gerechtfertigt und unzweckmäßig sein würde; insbesondere sei dies der Fall betreffs der Vorschriften der §§ 1221 und 1222 (jetzt §§ 1238, 1239), wonach der Käufer den Kaufpreis bei Verlust seiner Rechte sofort baar zu entrichten hat und das Gebot des Eigenthümers sofort zurückgewiesen werden darf, wenn nicht der Betrag baar hinterlegt wird. — Demgegenüber wurde Seitens der Regier.-Vertreter geltend gemacht, der § 740 (jetzt § 753) sei lediglich dispositiver Natur, sei kein Einverständniß der Parteien über nicht baare Zahlung des Kaufpreises erzielt, so könne der Geschäftstheilnehmer, der die Sache nicht ersteht, ein lebhaftes Interesse daran

haben, daß die Zahlung baar erfolge; es liege also kein ausreichender Grund gegen die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über den Zwangsverkauf vor. — Der erwähnte Antrag wurde hiernach mit großer Mehrheit abgelehnt.

§ 754. Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Theilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen.

Das eingezogene Forderungs-Objekt tritt in Ansehung der Gemeinschaft an die Stelle der Forderung und ist gemäß §§ 752, 753 in Natur zu theilen oder zu verkaufen.

§ 755. Haften die Theilhaber als Gesammtschuldner für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemäßheit des § 748 nach dem Verhältniß ihrer Antheile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Theilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird.

Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden.

Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach § 753 zu erfolgen.

1. Da jeder Theilhaber, wenn die Gesammtschuld bei der Theilung nicht berichtigt wird, dem Gläubiger zur Zahlung des ganzen Schuldbetrages verpflichtet bleibt, so entspricht es der Billigkeit, daß er bei der Theilung Berichtigung der Schuld aus den gemeinschaftlichen Gegenständen verlangen kann.

Dieser Anspruch darf nicht dadurch ganz oder theilweise vereitelt werden, daß einer oder mehrere andere Theilhaber ihren Anspruch an einen Dritten veräußern. Es ist deshalb in den II. Entw. (§ 691) die Bestimmung (§ 755 Abs. 2) aufgenommen worden, wonach die Sondernachfolger es sich gefallen lassen müssen, daß auch der ihnen abgetretene Gemeinschafts-Antheil zur Berichtigung der auf das Gemeinschaftsverhältniß sich gründenden Forderungen mit herangezogen wird.

Diese Bestimmung schließt sich an die Vorschrift der Konk.-Ordn. (§ 44) an, wonach Miteigenthümer, Gesellschafter oder Theilnehmer an einer Gemeinschaft wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen „abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen" können.

2. Soweit es des Verkaufs der gemeinschaftlichen Gegenstände nicht zur Schulden-Tilgung bedarf (§ 755 Abs. 3), erfolgt die Theilung in Natur. Dieselbe Regelung gilt auch für den Fall des § 756. — Vgl. auch Bemrk. 2 zu § 756.

§ 756. Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Theile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Die Vorschriften des § 755 Abs. 2, 3 finden Anwendung.

1. Jeder Theilnehmer hat insbesondere, — wie der I. Entw. § 766 noch ausdrücklich besagte, — den auf ihn nach Verhältniß seines Antheils (§ 748) entfallenden Theil der

Lasten und Kosten, wenn er von einem andern Theilhaber berichtigt worden ist, dem letztern zu ersetzen.

Diese und andere Forderungen des Theilhabers als solchen sind bei der Theilung zu berücksichtigen, und zwar, wie im Falle des § 755, auch gegenüber dem Sondernachfolger eines andern Theilhabers.

2. Gegen den Sondernachfolger eines Miteigenthümers können die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche nach § 1010 Abs. 2 den grundbuchrechtlichen Prinzipien gemäß nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind.

§ 757. Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Theilhaber zugetheilt, so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Theilhaber zu seinem Antheil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 17 §§ 97, 98, Sächs. B. G. B. §§ 2347, 2352, 2353, code civil art. 883 ff. — Nach letzteren beiden Gesetzbüchern haften die Theilhaber bei überlassenen Forderungen auch für die zur Zeit der Theilung vorhandene Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

§ 758. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung.

Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 76, Sächs. B. G. B. § 151.

Sechszehnter Titel.

Leibrente.

§ 759. Wer zur Gewährung einer Leibrente verpflichtet ist, hat die Rente im Zweifel für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten.

Der für die Rente bestimmte Betrag ist im Zweifel der Jahresbetrag der Rente.

1. Unberührt geblieben sind nach Art. 96 des Einführ.-Gesetzes die landesgesetzlichen in Ermangelung besonderer Vereinbarungen eintretenden Vorschriften über einen mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts-, Altentheils- oder Auszugs-Vertrag.

2. Der dem § 759 entsprechende § 660 des I. Entw. bezog sich nur auf den „Leibrentenvertrag", und es waren dann (in § 663) die für diesen Vertrag gegebenen Bestimmungen (§§ 660 bis 662) auf den Fall für entsprechend anwendbar erklärt, „wenn die Verpflichtung zur Entrichtung einer Leibrente auf Verfügung von Todeswegen, Urtheil oder Gesetz beruht". — Auch auf diese Fälle beziehen sich nun die §§ 759, 760 nach der jetzigen allgemeinen Fassung des ersteren.

3. Besondere Vorschriften über „gewagte Verträge", — zu denen das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 606 ff. auch den „Leibrentencontract" rechnet, — hat das B. G. B. im Allgemeinen nicht aufgestellt, indem sie „schon wegen der Unbestimmtheit des Begriffes eines gewagten Vertrages im Gegensatze zu dem nicht gewagten Vertrage nicht am Platze" erschienen (Mot. II S. 635).

4. In der R. T. Kommission (Bericht S. 54) war beantragt, dem § 759 (§ 746 der Regier.-Vorlage) folgende Bestimmung hinzuzufügen:

Wird die Leibrente Ehegatten geschuldet, so hat der Ueberlebende im Zweifel nur den Anspruch auf die Hälfte der theilbaren Leistungen.

Seitens der Regier.-Vertreter wurde dagegen geltend gemacht, wenn die zunächst maßgebende Absicht der Vertragschließenden nicht mit Bestimmtheit zu erkennen sei, so ergebe sich schon aus § 420 (§ 414 der Regier.-Vorlage), daß der Leibrentenantheil des Verstorbenen zu Gunsten des Schuldners erlösche; es sei nicht nöthig, dies — wie im Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 §§ 615, 616 geschehen — noch ausdrücklich zu bestimmen.

§ 760. Die Leibrente ist im Voraus zu entrichten.

Eine Geldrente ist für drei Monate vorauszuzahlen; bei einer anderen Rente bestimmt sich der Zeitabschnitt, für den sie im Voraus zu entrichten ist, nach der Beschaffenheit und dem Zwecke der Rente.

Hat der Gläubiger den Beginn des Zeitabschnitts erlebt, für den die Rente im Voraus zu entrichten ist, so gebührt ihm der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag.

1. Die Leibrente, — die auch durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten bestellt werden kann (§ 330), — kann in periodisch wiederkehrenden Geldzahlungen oder andern vertretbaren Leistungen bestehen. — Die Gegenleistung kann ebenfalls in Geld oder andern Gegenständen bestehen, und zwar ohne daß der Geldwerth der letztern, — wie dies das Preuß. A. L. R. a. a. O. § 608 vorschreibt, — von den Vertragschließenden vereinbart zu sein braucht.

2. In die C. P. O. (§ 231a) soll die Bestimmung aufgenommen werden, daß bei wiederkehrenden Leistungen auch wegen der nach Erlassung des Urtheils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Zahlung erhoben werden kann. Diese Bestimmung würde insbesondere auch bei Leibrenten von praktischer Bedeutung sein.

§ 761. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leibrente versprochen wird, ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Ertheilung des Versprechens erforderlich.

Die Formvorschrift ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 54) mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Leibrentenvertrags und die lange Dauer seiner Wirksamkeit einstimmig beschlossen worden.

Siebzehnter Titel.

Spiel. Wette.

§ 762. Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Theil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Theile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntniß.

1. Die Rechtsordnung hat dem wirthschaftlichen Leben und Verkehr feste Bahnen und sichere Bewegung zu gewähren; ihrem Wesen und ihren Aufgaben entspricht es dagegen

nicht, rechtliche Zwangsmittel zu dem Zwecke zur Verfügung zu stellen, um demjenigen, der außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mühelos durch Glückszufälle, wie Spiel und Wette, einen Gewinn zum Nachtheil eines Anderen erzielt hat, zur Erlangung des Gewonnenen zu verhelfen. Hierzu kommt die rechtspolitische Rücksicht auf die wirthschaftlichen und sittlichen Gefahren, womit Spiel und Wette leicht verbunden sind. Im Anschluß an das bisherige Recht erklärt daher das B. G. B. (§ 762) die Gewinne aus Spiel und Wette für unklagbar und demgemäß auch zur Verwendung als Gegenforderung (zur Compensation) für nicht geeignet.

Die Spiel- und Wettverträge sind aber nicht an und für sich, ohne weiteres verboten oder unsittlich, und demzufolge unterliegen sie auch im Allgemeinen nicht der Nichtigkeit im Sinne der §§ 134 und 138. Es kann daher das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete nicht wie eine ohne Verbindlichkeit erfolgte Leistung zurückgefordert werden.

Zur Verhütung einer Umgehung des Gesetzes ist auch allgemein jede Verpflichtung, welche der verlierende Theil dem gewinnenden gegenüber eingeht, für unverbindlich erklärt.

Die entsprechende Vorschrift des I. Entw. (§ 664 Abs. 2) bezog sich nur auf ein über eine Spiel- oder Wettschuld ertheiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß (vgl. §§ 780, 781). Die jetzige in der 2. Lesung des Entw. beschlossene Bestimmung ist dagegen absichtlich so allgemein gehalten, daß dadurch auch das abstrakte wechselmäßige Schuldversprechen mitbetroffen wird und andererseits auch aus materiellen Rechtsgeschäften, wie z. B. Hingabe an Zahlungsstatt für eine Spielschuld eine über die Leistung selbst hinausgehende, bezw. sonst durch sie begründete Verbindlichkeit wegen Gewährleistung ꝛc. nicht hergeleitet werden kann. Vgl. Ritgen, der Entw. ꝛc. in 2. Lesung, a. a. O. Bd. 40 S. 116.

2. In der 2. Lesung des Entw. war auch zur Verhütung einer Umgehung des Gesetzes vorgeschlagen worden, den gewinnenden Theil zur Befreiung des Verlierers und zum Ersatze des von ihm Geleisteten in dem Falle für verpflichtet zu erklären, wenn der Verlierer wegen der Spiel- oder Wettschuld auf Veranlassung des Gewinners gegenüber einem Dritten eine Verbindlichkeit übernommen hat. Der Antrag wurde jedoch von der Mehrheit der Kommission abgelehnt, indem dieselbe annahm, eine solche Schuldübernahme einem Dritten gegenüber sei als Erfüllung an den Gewinner oder wenigstens als Leistung an Erfüllungsstatt aufzufassen, die vorgeschlagene Bestimmung stehe daher mit dem Grundsatze, daß das Geleistete nicht zurückgefordert werden könne, nicht im Einklange. Vgl. Ritgen a. a. O. S. 117. Es liegt hierin eine Abweichung vom Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 11 § 578), wonach nur das, was Jemand „in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat", nicht zurückgefordert werden kann. Eine gleiche Vorschrift enthält das Französ. Recht (code civil art. 1967). In ähnlicher Weise bestimmt auch das Sächs. B. G. B. § 1480, daß das bei einem nicht verbotenen Spiele oder einer solchen Wette „Verlorene", wenn es geleistet ist, nicht zurückgefordert werden kann. — Im bisherigen Recht ist also consequenter als im B. G. B. der Rechtsgedanke festgehalten, daß nur die wirklich (real) erfolgte Leistung des Verlorenen dem Gewinnenden verbleiben, für den Verlierer aber durch Spiel oder Wette kein auch nur indirektes Schuldverhältniß begründet werden soll, wie dies bei der Schuldübernahme der Fall ist.

3. Nur die auf den Mangel eines Schuldverhältnisses gegründete Rückforderung des Geleisteten ist nach § 762 ausgeschlossen; aus andern Gründen, insbesondere wegen Betruges (wie heimliche Verletzung der Spielregeln, Spielen mit gezeichneten Karten ꝛc.) kann dagegen ein Rückforderungsrecht begründet sein. „Der Nachweis des ursachlichen Zusammenhanges zwischen der Unredlichkeit und dem Verluste bei dem einzelnen Spiele" ist dabei nicht erforderlich, „wenn bei jedem einzelnen Spiele die Spielregeln verletzt werden", — wie z. B. beim Spielen mit gezeichneten Karten, — weil dann „eine Spielschuld überhaupt nicht begründet worden und deshalb die Kondiktion wegen Verfehlung des beab-

sichtigten rechtlichen Erfolges (§ 742, jetzt § 812) begründet wäre" (Mot. II S. 646). Hierbei ist, — wie die Motive a. a. O. hervorheben, — der Beweis, daß wirklich bei allen einzelnen Spielen, bezw. bei welchen derselben eine Unredlichkeit des Mitspielenden stattgefunden hat, vorausgesetzt". Eine Präsumtion der Unredlichkeit bei fortgesetztem Spiel ist aus der bei einem Spiel erwiesenen Unredlichkeit nicht hergeleitet, und zwar erschien eine solche Präsumtion schon deshalb nicht angemessen, „weil sich schwer bestimmen läßt, unter welchen Voraussetzungen ein fortgesetztes Spiel anzunehmen ist" (Mot. a. a. O.).

4. Handelt es sich um ein gesetzlich verbotenes Spiel oder um eine solche Wette, so kann ein Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten wegen der Nichtigkeit des Geschäfts begründet sein. Es enthält aber das B. G. B. keine nähere Bestimmung darüber, ob und welche civilrechtlichen Wirkungen einem Spiel- oder Wettverbote beizumessen sind, wiewohl in dieser Beziehung, wie die Motive (a. a. O.) anerkennen, die Gesetze über das verbotene Spiel (z. B. St. G. B. §§ 284, 285, 360 Nr. 14) nicht selten Zweifel lassen. Das B. G. B. (§ 134) erklärt allerdings Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, für „nichtig", jedoch nur dann, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt", und dies letztere braucht nicht ausdrücklich in der betr. gesetzlichen Vorschrift bestimmt zu sein, es kann auch aus der Absicht und dem Zwecke des Gesetzes entnommen werden. Ergiebt sich hiernach aus der betr. Vorschrift nichts Anderes, so ist allerdings die Nichtigkeit des betr. Spiel- (und Wett-)Vertrages anzunehmen.

5. Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 11 § 579 erklärt eine Klage „wegen Wetten" dann (und zwar nur dann) für zulässig, „wenn die Wette sogleich baar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden". Das B. G. B. enthält eine solche Vorschrift nicht, sie erschien nicht erforderlich; es soll der konkreten richterlichen Beurtheilung überlassen bleiben, „ob und inwiefern Leistung anzunehmen ist". Die konkreten Umstände werden aber in solchen (übrigens seltenen) Fällen wohl kaum einen Anhalt für die Entscheidung darbieten. Als Leistung an den Gewinner ist aber die Hinterlegung an und für sich nicht zu betrachten, namentlich dann nicht, wenn der Hinterleger auf die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht verzichtet hat (vgl. §§ 376, 379).

6. Das Preuß. A. L. R. (a. a. O. § 580) erklärt ausdrücklich Wetten für ungültig, „wenn ein Theil von der Gewißheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war und dieses dem Andern nicht angezeigt hat". Das B. G. B. enthält eine besondere Vorschrift in dieser Hinsicht nicht. Die Mot. (II S. 646) erklären sie für „insofern richtig, aber auch selbstverständlich, als den Empfänger der Vorwurf der Unredlichkeit trifft"; es könne aber, meinen die Motive weiter, in manchen Fällen aus einem solchen Verschweigen unter den obwaltenden konkreten Umständen und dem daraus sich ergebenden Parteiwillen eine Unredlichkeit sich nicht folgern lassen.

7. Das Preuß. A. L. R. (§ 581 a. a. O.) bestimmt:

> Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt und verliehen worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden.

Die Einführung einer solchen in den I. Entw. als unter Umständen zu großen Härten führend nicht aufgenommenen Bestimmung (vgl. Mot. II S. 646) war in der 2. Lesung des Entw. von mehreren Seiten beantragt worden. Es gelangte aber bei der Verschiedenheit der Auffassungen betreffs der angemessenen Abgrenzung der Vorschrift keiner der gestellten Anträge zur Annahme. Vgl. Reatz I S. 353 f., Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 117 f. Hervorgehoben wurde dabei aber, daß es beim Schweigen des Gesetzes der Rechtsprechung unbenommen bleibe, die Bestimmungen des § 762 auf gewisse Fälle des Darlehens anzuwenden, wenn sie im Wege der Auslegung jener Bestimmungen und des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts dazu gelange, die Bestimmungen auf diese Fälle für anwendbar zu erachten.

In der R. T. Kommission (Bericht S. 54 f.) wurde sodann die Frage angeregt, ob sich nicht eine Bestimmung empfehle, wonach aus Darlehen zu Spielzwecken, sowie aus Aufträgen und Vereinigungen zu Spielen Rechtspflichten nicht entstehen. Seitens der Regierungs-Vertreter wurde eine derartige allgemeine Regel nicht für rathlich erachtet; Darlehen Zwecks Bezahlung von Spielschulden, — so wurde dabei ausgeführt, — enthielten keine Förderung des Spiels und könnten ganz gerechtfertigt sein, z. B. um einen Freund zu retten, die Ausschließung der Rückforderung des dargeliehenen Geldes widerspreche ferner dann dem Rechtsbewußtsein, wenn der Empfänger mit Hilfe des Geldes gewonnen oder nicht an den Geber, sondern an einen Dritten verloren habe; sei aber das Geld an den Geber verloren worden, so sei es eine Frage der Würdigung des einzelnen Falles, ob eine Umgehung der Bestimmungen über das Spiel vorliege, d. h. ob nicht thatsächlich eine creditirte Spielschuld vorliege. — Von einem Antrage wurde hiernach in der R. T. Kommission abgesehen.

§ 763. Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung.

1. Nach dem Strafgesetzbuche § 286 ist die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie oder Ausspielung ohne obrigkeitliche Genehmigung verboten und strafbar.

„Darüber, von wem und in welcher Weise die erforderliche staatliche Genehmigung zu ertheilen ist, bleibt die Landesgesetzgebung maßgebend" (Mot. II S. 649).

2. Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Verbots des Spielens in ausländischen Lotterien enthält das B. G. B. keine Vorschriften. (Vgl. Bemrk. 4 zu § 762.) Es wird davon auszugehen sein, daß solche Verbote im Interesse der betr. Landeslotterie aus fiskalischen Rücksichten erlassen worden sind und daß damit eine Nichtigkeit der bezügl. Spielverträge nicht hat festgesetzt werden sollen (vgl. § 134). Demzufolge ist die Rückforderung des auf Grund eines solchen Spieles Geleisteten gemäß § 762 für ausgeschlossen zu erachten.

§ 764. Wird ein auf Lieferung von Waaren oder Werthpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Theile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Theiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

1. Der die sogen. Differenzgeschäfte den Spielverträgen gleichstellende und demgemäß für unverbindlich erklärende § 764 ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 55) beschlossen worden. Die Bestimmung entspricht der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Geltung gebrachten Auffassung. Eine sachlich hiermit übereinstimmende Vorschrift enthält bereits das Sächs. B. G. B. § 1482.

2. Der Einwand, daß ein Differenzgeschäft vorliege, kann nach dem Börsengesetz vom 22. Juni 1896 nicht erhoben werden von Kaufleuten, welche in das Börsenregister eingetragen sind.

Achtzehnter Titel.

Bürgschaft.

§ 765. Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegen-

über dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

Die Bürgschaft kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden.

1. Die Bürgschaft, zur Sicherheit des Gläubigers dienend, kann nur für eine gültige Verbindlichkeit übernommen werden. Dies noch besonders zum Ausdruck zu bringen ist für überflüssig erachtet worden. (Mot. II S. 659.)

Die Zuziehung des Schuldners zum Vertrage zwischen dem Gläubiger und Bürgen ist nicht erforderlich.

2. Das Sächs. B. G. B. § 1453 erklärt ausdrücklich die Bürgschaft für nichtig, wenn der Bürge sich über die Person des Schuldners geirrt hat, während ein Irrthum des Bürgen über die Person des Gläubigers nur dann von Einfluß ist und zwar die Nichtigkeit der Bürgschaft herbeiführt, „wenn der Bürge sich nur zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers hat verbürgen wollen".

Nach dem B. G. B. kommen hier die allgemeinen Grundsätze über den Irrthum bei Willenserklärungen zur Anwendung. Danach (§ 119) kann eine Erklärung vom Erklärenden wegen Irrthums angefochten werden, „wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde". Es kann also unter den erwähnten Voraussetzungen auch ein Irrthum über die Person des Schuldners, (z. B. im Hinblick auf dessen Vermögensverhältnisse) die Anfechtbarkeit der Bürgschaft herbeiführen. Nach Maßgabe des § 119 kann ferner auch eine Bürgschaft vom Bürgen, wenn er sich über die Person des Gläubigers geirrt hat, angefochten werden.

3. Der neueren Rechtsentwickelung gemäß hat das B. G. B. die bereits für das Handels- und Gewerberecht reichsgesetzlich beseitigten und für Preußen überhaupt durch das Gesetz vom 1. December 1869 aufgehobenen Beschränkungen, wie sie das Röm. Recht (senatusconsultum Vellejanum) für Intercessionen und somit auch für Bürgschaften der Frauen festgesetzt hatte, nicht aufgenommen; es kommen also betreffs der Bürgschaften von Frauen lediglich die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung.

§ 766. Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.

Die Formvorschrift des § 766 ist den in der Kritik mehrfach geäußerten Wünschen gemäß von der R. T. Kommission (Bericht S. 55) zum Schutz gegen die unüberlegte Uebernahme von Bürgschaften beschlossen worden. Ein solcher Schutz kommt nach der Erfüllung des Bürgschafts-Versprechens nicht mehr in Frage und ist daher mit Recht die Rückforderung des vom Bürgen Geleisteten wegen Formmangels für unzulässig erklärt.

Auf Bürgschaften von Kaufleuten findet die Formvorschrift nach dem H. G. B. vom 10. Mai 1897 keine Anwendung.

§ 767. Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

Der Bürge haftet für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung.

Die Vorschrift des § 767 Abs. 1 entspricht der accessorischen Natur der Bürgschaft und dem bisherigen Recht.

Eine gesetzliche Vorschrift (bezw. Auslegungsregel) hinsichtlich der Haftung des Bürgen für die vertragsmäßigen Zinsen ist nicht gegeben, und zwar auf Grund der Erwägung, daß sich diese Frage nur nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden lasse. (Vgl. Mot. II S. 666, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 120.) — Das Gleiche gilt hinsichtlich des Nebenanspruchs auf eine Vertragsstrafe (Conventionalstrafe). (Vgl. Mot. a. a. O.) — Was aber die vertragsmäßige Haftung des Bürgen betrifft, so reicht dieselbe nur so weit, als sich aus der schriftlichen Bürgschaftserklärung ergiebt (§ 766); läßt sich daraus eine Erstreckung der Bürgschaft auf Zinsen und Vertragsstrafen nicht entnehmen, so ist eine betreffs dieser Nebenforderungen mündlich übernommene Bürgschaft nicht rechtsverbindlich.

Anders verhält es sich betreffs der dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu erstattenden Kosten der Kündigung und Einklagung der Forderung des Gläubigers. Für diese Kosten haftet der Bürge, auch wenn er die Haftung dafür nicht, bezw. nicht formgemäß (schriftlich) übernommen hat, zufolge des Gesetzes (§ 767 Abs. 2). Die Ausdehnung der Vorschrift auf die Kündigungs-Kosten ist im II. Entw. (§ 708 Abs. 2) erfolgt. Es entspricht dies der bezüglich des Umfangs der Pfand-Haftung im § 1210 Abs. 2 gegebenen Bestimmung.

§ 768. Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.

Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet.

1. Die Vorschrift entspricht der accessorischen Natur der Bürgschaft, der zufolge der Bürge nur für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners haftet, nicht für die den Gegenstand des Hauptvertrages bildende Leistung.

Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 281, 282 kann der Gläubiger auch vom Bürgen dasjenige nicht fordern, was er vom Schuldner mit Rücksicht auf eine letzterem „wegen der im Gesetze bestimmten persönlichen Verhältnisse" zu belassende Competenz nicht erhalten kann; dagegen haftet der Bürge „für den Ausfall, welchen der Gläubiger bei dem Hauptschuldner wegen einer demselben aus andern gesetzlichen Gründen zukommenden Competenz erleidet". — Das Französ. Recht (code civil art. 2036) bestimmt allgemeiner, daß der Bürge die dem Hauptschuldner nur für seine Person zustehenden Einreden nicht geltend machen könne. Eine solche Ausnahme-Bestimmung ist in das B. G. B. nicht aufgenommen worden, indem sie nicht erforderlich, bezw. sachlich bedenklich erschien. (Mot. II S. 662, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 122.)

Da die Bürgschaft dem Gläubiger gegen die Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners Sicherung gewähren soll, so entspricht es der Natur des Rechtsverhältnisses, daß der Bürge sich nicht darauf berufen darf, daß der Erbe des verstorbenen Hauptschuldners nur (nach Maßgabe des Inventarrechts, §§ 1994, 2009 oder bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs, § 1975) beschränkt hafte. Nach § 178 der Konk.-Ordn. kann ferner der Bürge sich nicht auf den im Konkurse des Hauptschuldners abgeschlossenen Zwangsvergleich (einredeweise) berufen.

Der Hauptschuldner darf nicht die Rechtslage des Bürgen durch nachträglichen Verzicht auf eine Einrede verschlechtern; dem Bürgen steht es daher ungeachtet eines solchen Verzichts frei, die Einrede geltend zu machen (§ 768 Abs. 2).

2. Leistet der Bürge auf Einreden des Hauptschuldners Verzicht, so liegt, soweit die Einrede dem Hauptschuldner Schutz gewährt, kein Bürgschaftsversprechen vor, sondern ein

andersartiges, nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilendes Schuldversprechen. (Mot. II S. 662.)

Ein rechtsgültiges Bürgschaftsversprechen liegt auch dann nicht vor, wenn die Hauptschuld wegen mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners nicht rechtswirksam ist. (Mot. II S. 662, 663.)

§ 769. Verbürgen sich Mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesammtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen.

Abweichend vom gem. Recht und vom code civil (art. 2026, 2027), aber in Uebereinstimmung mit dem Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 373, 374, 378) und mit dem Sächs. B. G. B. (§ 1458) versagt das B. G. B. den einzelnen von mehreren Bürgen (Mitbürgen) das Recht (beneficium divisionis, benefice de division), zu verlangen, daß der Gläubiger die einzelnen Bürgen nur antheilsweise wegen seiner Forderung an den Hauptschuldner in Anspruch nehme. (Vgl. § 421.)

§ 770. Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugniß hat der Bürge, so lange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

1. Wenn der Hauptschuldner das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, insbesondere wegen Irrthums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechten kann, so erlischt mit der Anfechtungs-Erklärung seine und damit auch des Bürgen Verbindlichkeit. Die Ausübung des Anfechtungsrechts hängt allerdings lediglich vom Willen des Hauptschuldners ab; dem Bürgen steht ein eigenes Anfechtungsrecht nicht zu; er kann aber, wenn der Hauptschuldner die Anfechtung (mit Erfolg) ausübt, das inzwischen etwa von ihm an den Gläubiger Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechfertigten Bereicherung zurückfordern. Mit Rücksicht hierauf ist ihm durch die in den II. Entw. (§ 710) aufgenommene Bestimmung des § 770 Abs. 2 die Befugniß gewährt worden, bis zum Erlöschen des Anfechtungsrechts des Hauptschuldners die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern. (Vgl. Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 122 f., Denkschr. S. 92.)

2. Die gleiche Befugniß ist dem Bürgen nach § 770 Abs. 2 (II § 710) eingeräumt worden, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung (Compensation) seiner Forderung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Es entspricht diese Bestimmung dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 328. — Die Einrede aus § 770 Abs. 2 steht auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zu; denn derselbe ist nicht ohne weiteres einem Gesammtschuldner gleich zu erachten. (Reatz I S. 356 Note 3.)

§ 771. Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).

1. Die Gewährung der Einrede der Vorausklage entspricht der subsidiären Natur der Bürgschaftsverbindlichkeit und, abgesehen vom H. G. B. (Art. 281), dem bisher. Recht. Vgl. Sächs. B. G. B. § 1461, code civil art. 2021 ff.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 § 283 geht von demselben Grundsatz aus, betrachtet aber den Einwand der Vorausklage nicht als Einrede, sondern als Bestreiten, Verneinen der (derzeitigen) Klagebefugniß und verlangt demgemäß, daß der Gläubiger

zur Begründung seiner Klage behaupte und beweise, daß er sein Recht gegen den Hauptschuldner vergeblich im Proceßwege verfolgt habe.

2. Daß er die Pflicht zur Vorausklage erfüllt habe, hat der Gläubiger zu beweisen (vgl. Mot. II S. 669); es ist nicht, — wie Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B., S. 86 f. Note 2, nach der Fassung des § 771 annimmt und auch Ebert, in der Handausg. des B. G. B. von Fischer und Henle, Anm. zu § 771 meint, — dem Bürgen der (gewöhnlich nur durch Eideszuschiebung zu führende) Beweis dafür aufzuerlegen, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner noch nicht versucht sei.

§ 772. Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden.

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Werth der Sache gedeckt werden.

„Ist ein anderer Anspruch als eine Geldforderung in Frage, so genügt es, daß eine nach der C. P. O. zulässige, auf Erfüllung der Verpflichtung des Hauptschuldners gerichtete Zwangsvollstreckung erfolglos stattgefunden hat. Ein erfolgloser Versuch ist genügend". (Mot. II S. 669.)

Handelt es sich dagegen um eine Geldforderung, so genügt es nach dem B. G. B. (§ 772), wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners vergeblich versucht hat, während er nach gem. Recht und nach dem Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 284—296) auch die Zwangsvollstreckung in die Immobilien und ausstehenden Forderungen des Hauptschuldners durchzuführen hat. — Nach dem Franz. Recht (code civil art. 2023) hat der Bürge dem Gläubiger das als Befriedigungsobject dienende Vermögen des Hauptschuldners nachzuweisen und die zur Einklagung erforderlichen Kosten vorzuschießen.

§ 773. Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist;
4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen

kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

1. Die Bestimmung des § 773 Nr. 1 entspricht dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. § 297, Sächs. B. G. B. § 1482, code civil art. 2021.

Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage wird vielfach dadurch ausgedrückt, daß der Bürge sich „als Selbstschuldner" verbürgt. Als gleichbedeutend war im I. Entw. § 675 auch noch die Verbürgung „als Selbstzahler" erwähnt. Der Ausdruck wurde aber im II. Entw. (§ 712) gestrichen, um dem Mißverständniß vorzubeugen, als sei eine erschöpfende Aufzählung der einen Verzicht auf die Vorausklage ausdrückenden Bezeichnungen im Gesetze beabsichtigt. (Reatz I S. 357, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 126.)

Die Verbürgung als Selbstschuldner (selbstschuldnerische Bürgschaft) ist lediglich eine gewöhnliche Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage. An der accessorischen Natur der Bürgschaft wird durch diesen Verzicht nichts geändert. Es gelten also insbesondere auch für diese Bürgschaftsart die Bestimmungen über den Umfang der Haftung des Bürgen (§ 767) und über seine Befugniß, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen (§ 768). Vgl. auch Bemrk. 2 zu § 770.

2. Nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 § 298 kann der Gläubiger sich sofort an den Bürgen halten, wenn der Hauptschuldner nicht mehr in Preußen (bezw. im Deutschen Reich) belangt werden kann. — Im Sächs. B. G. B. § 1462 fällt das Recht des Bürgen auf die Vorausklage (u. a.) weg, „wenn der Aufenthaltsort des Hauptschuldners unbekannt ist oder der Hauptschuldner sich außerhalb der Deutschen Bundesstaaten aufhält".

Die diesen gesetzlichen Vorschriften zu Grunde liegende Auffassung, daß nicht durch eine nachträgliche Aenderung des Wohnsitzes des Hauptschuldners die Rechtsverfolgung gegen ihn erheblich erschwert werden dürfe, hat im B. G. B. § 773 Nr. 2 Anerkennung gefunden; während aber im Preuß. und Sächs. Recht die Fälle, in denen eine solche Erschwerung anzunehmen sei, gesetzlich festgestellt sind, hat das B. G. B. eine solche Bestimmung nicht getroffen, es vielmehr dem richterlichen Ermessen bei der Entscheidung des concreten Falles überlassen, ob eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung durch die Aenderung des Wohnsitzes des Hauptschuldners herbeigeführt worden ist.

Dem Ermessen des Richters sind hierbei keine Schranken gezogen. Es kann also eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung auch schon dann angenommen werden, wenn der neue Wohnsitz des Hauptschuldners sich noch im Deutschen Reiche befindet und z. B. von diesem Orte entfernt, aber in oder bei dem frühern Wohnsitze des Schuldners wohnende Zeugen, bei deren Vernehmung der Kläger zugezogen zu sein wünscht, zu vernehmen sein würden.

Eine Erschwerung der Rechtsverfolgung kann — wie auch die Mot. II S. 671 bemerken — sowohl im Wechsel des Wohnsitzes an sich liegen als auch in der Unbekanntschaft mit dem gegenwärtigen Wohnsitze oder Aufenthaltsorte des Hauptschuldners.

Der Ausdruck: „Rechtsverfolgung" im § 773 Nr. 2 ist statt der im I. Entw. § 675 Nr. 2 gebrauchten Bezeichnung: „Ausklagung" in der 2. Lesung des Entw. (§ 712 Nr. 2) gewählt worden, um auch die Realisirung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache des Schuldners (§§ 1228 ff.) mit zu bezeichnen. (Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 126.)

3. Der Ausschluß der Einrede der Vorausklage im Falle des Konkurses des Hauptschuldners oder bei Zahlungsunfähigkeit bezw. voraussichtlicher Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung gegen ihn (§ 773 Nr. 3 und 4) entspricht dem bisherigen Rechte. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 300 ff., 284, 285, 294, 295, Sächs. B. G. B. § 1462.

§ 774. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Uebergang kann

nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.

Mitbürgen haften einander nur nach § 426.

1. Wie nach Preuß. A. L. R. a. a. O. § 338 und nach dem Französ. Recht (code civil art. 2029) tritt der Bürge, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, von Gesetzeswegen in alle Rechte desselben gegenüber dem Hauptschuldner ein, ohne daß es hierzu, — wie nach gem. Recht und dem Sächs. B. G. B. § 955 — einer besondern Abtretung (Cession, beneficium cedendarum actionum) bedarf.

Betreffs der Wirksamkeit dieses Forderungs-Ueberganges sind aber die zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehenden besonderen Rechtsbeziehungen (Mandat, Geschäftsführung rc.) maßgebend (§ 774 Abs. 1 S. 2, 3).

2. Wenn und soweit ein Mitbürge den Gläubiger befriedigt, so geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf ihn über, soweit er von letzteren nach dem zwischen den Mitbürgen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse Ausgleichung verlangen kann (§ 426).

§ 775. Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Uebernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urtheil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 356—358, 369 kann der Bürge ohne weitere Voraussetzung besonderer Rechtsbeziehungen vom Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft „nach verflossener Zahlungsfrist" verlangen und dasselbe Recht oder der Anspruch auf Sicherheitsbestellung steht ihm auch zu, „wenn der Schuldner zu verschwenden anfängt oder sonst in Verfall seines Vermögens geräth", ferner dann, wenn der Schuldner „Anstalt macht", außer Landes zu gehen. — Auch das Französ. Recht (code civil art. 2032) giebt nach eingetretener Fälligkeit der verbürgten Schuld oder bei Vermögensverfall des Hauptschuldners, oder wenn die Schuld gegen den Bürgen eingeklagt ist, letzterem ohne weitere Voraussetzung gegen den Hauptschuldner einen Anspruch auf Schadloshaltung.

Das Sächs. B. G. B. § 1470 knüpft dagegen den erwähnten Befreiungsanspruch des Bürgen an die Voraussetzung, daß er „von dem Hauptschuldner zur Bürgschaft veranlaßt worden ist".

Dem Standpunkte des Sächs. Rechts sich anschließend geht das B. G. B. von der Auffassung aus, daß durch den zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag an und für sich eine obligatorische Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner nicht hergestellt werde, daß dies vielmehr — abgesehen von besonderer Vereinbarung — nur dann der Fall ist, wenn der Bürge als Beauftragter oder als Geschäftsführer, dem die Rechte eines Beauftragten zustehen (§§ 683, 684 Satz 2), gehandelt hat.

§ 776. Giebt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist.

Das Preuß. A. L. R. (Th. I Tit. 14 § 328) geht von dem Grundsatz aus, daß durch den Bürgschaftsvertrag auch für den Gläubiger gegenüber dem Bürgen rechtliche Beziehungen der Art begründet werden, daß er, der Gläubiger, dem Bürgen nicht nur für vorsätzliches oder arglistiges Handeln (dolus) haftet, sondern auch ersatzpflichtig ist, wenn er bei der Beitreibung der Forderung gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen hat.

In grundsätzlicher Uebereinstimmung hiermit bestimmt das Sächs. B. G. B. § 1466, daß die Bürgschaft „erlöscht", „wenn und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen die Rechtswohlthat der Vorausklage oder der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt wird, insbesondere wenn der Gläubiger verschuldet, daß er von dem Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann". — Das Französ. Recht (code civil art. 2037) erklärt den Bürgen für befreit, wenn er in Folge von Handlungen (par le fait) des Gläubigers die Rechte desselben, in welche er, der Bürge, durch Befriedigung des Hauptschuldners eintritt, nicht mehr geltend machen kann.

Das B. G. B. verneint dagegen grundsätzlich eine Diligenzpflicht (Haftung für culpa in exigendo) des Gläubigers. „Der Gläubiger — bemerken in dieser Hinsicht die Mot. (II S. 678) — erlangt durch die Bürgschaft an sich nur Rechte, ohne Verpflichtungen zu übernehmen; es kann schon hiernach von einer wirklichen Diligenzpflicht keine Rede sein". Demzufolge läßt das B. G. B. nur beim Aufgeben einer Sicherheit Seitens des Gläubigers (§ 776) eine Befreiung des Bürgen eintreten. Eine gleiche Bestimmung enthält auch das Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 331—333. — Die Mot. II S. 679 weisen hierbei darauf hin, der Bürge könne ja im Fall der Passivität des auf die Bürgschaft sich verlassenden Gläubigers sich dadurch helfen, daß er, wenn der Schuldner in eine bedenkliche Lage geräth, den Gläubiger befriedigt und damit dessen Rechte gegen den Hauptschuldner erwirbt. Danach wird aber die Rechtslage des Bürgen im Vergleich mit dem bisher. Recht erschwert und es kommt auch in Betracht, daß er dem Schuldner gewöhnlich nahe steht und ein Prozeß gegen denselben für ihn deshalb meist unangenehm und peinlich sein wird. Es wurde denn auch dieser Umstand in der 2. Lesung des Entw. mit Recht als ein Grund für die Beibehaltung der Vorausklage geltend gemacht. (Reatz I S. 356, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 129.)

Bei einem arglistigen (dolosen) Verhalten des Gläubigers kommen die allgemeinen eine Haftpflicht begründenden Vorschriften (§§ 157, 242, 276) zur Anwendung. Vgl. Mot. a. a. O. S. 680, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 127.

§ 777. Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei,

wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht.

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen im Falle des Abs. 1 Satz 1 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hat, im Falle des Abs. 1 Satz 2 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablaufe der bestimmten Zeit hat.

1. Der I. Entw. enthielt keine Bestimmungen über nur auf gewisse Zeit übernommene Bürgschaften, indem eine gesetzliche Regelung hierüber zwar für wünschenswerth, aber wegen der großen Schwierigkeit der angemessenen Fassung der aufzustellenden Rechtsnorm für nicht angängig erachtet wurde. (Mot. II S. 628.)

Mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß wurden dann aber in der 2. Lesung des Entw. die Bestimmungen des § 777 (II § 716) beschlossen. Im Anschluß an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 § 320 und an das Sächs. B. G. B. § 1467 wurde davon ausgegangen, die zeitlich beschränkte Bürgschaft solle es dem Gläubiger ermöglichen, dem Hauptschuldner während der für die Bürgschaft bestimmten Zeit Credit zu gewähren; demzufolge müsse, wenn eine Vorausklage nicht in Frage komme, der Gläubiger unverzüglich nach dem Ablaufe der Bürgschaftszeit dem Bürgen anzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme, und andererseits müsse auch der Ablauf der Bürgschaftszeit für den Umfang der Haftung des Bürgen maßgebend sein; spätere Erweiterungen der Schuld durch Verzug des Hauptschuldners träfen den Bürgen nicht; könne aber der Gläubiger den Bürgen deshalb, weil letzterem die Einrede der Vorausklage zustehe, nicht sofort in Anspruch nehmen, so sei der festgesetzten Bürgschaftsdauer noch die für die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner erforderliche Zeit hinzuzurechnen, so daß erst, wenn der Gläubiger diese Rechtsverfolgung nicht unverzüglich oder nicht gehörig betreibt, die Befreiung des Bürgen eintrete. (Reatz I S. 359, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 128 f.)

Eine bestimmte Frist für die Anstellung der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ist im B. G. B. nicht festgesetzt; das richterliche Ermessen hat darüber zu entscheiden, ob eine „unverzügliche" Betreibung der Forderungs-Einziehung vorliegt. Im Preuß. A. L. R. a. a. O. § 320 ist dagegen eine Frist und zwar von 3 Tagen nach Ablauf der Bürgschaftsdauer für die Anbringung der Klage gegen den Hauptschuldner zur Vermeidung des Erlöschens der Bürgschaft vorgeschrieben und das Sächs. B. G. B. § 1467 bestimmt, daß die Bürgschaft mit Ablauf der für sie festgesetzten Zeit „erlöscht", „ausgenommen, wenn der Gläubiger innerhalb 30 Tagen nach Ablauf der Zeit die Klage wider den Hauptschuldner oder den Bürgen bei Gericht anbringt und den hierauf eingeleiteten Rechtsstreit nicht länger als 3 Monate liegen läßt".

2. Die in § 777 festgesetzte Regelung bezieht sich nur auf den Fall, wenn die zeitlich beschränkte Bürgschaft für eine bereits bestehende Verbindlichkeit übernommen ist. Keine gesetzliche Bestimmung ist dagegen für den Fall getroffen, wenn eine Bürgschaft für künftige, insbesondere aus einem dauernden Verhältnisse, z. B. aus einem Geschäftsverkehr oder einem Amtsverhältnisse entstehende Ansprüche auf bestimmte Zeit übernommen ist. Das Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 322 bis 326 bestimmt in dieser Hinsicht, die Verpflichtung des Bürgen endige mit dem Ablaufe der bestimmten Zeit, sodann habe der Gläubiger den Bürgen, wenn dieser es verlange, der Bürgschaft zu entlassen oder seine Rechte gegen den Hauptschuldner

gerichtlich geltend zu machen; zögere er hiermit, so sei ihm eine Frist hierzu auf Antrag des Bürgen vom Gericht zu bestimmen und sei, wenn nicht innerhalb dieser Frist die Klage gegen den Hauptschuldner angestellt wird, der Bürge seiner Bürgschaft für entlassen zu erachten; nach seiner Entlassung braucht der Bürge auch die aus der Zeit der festgesetzten Bürgschaftsdauer herrührenden Verpflichtungen des Hauptschuldners nicht weiter zu vertreten. — Eine analoge Vorschrift enthält das B. G. B. nicht.

Welche Tragweite der zeitlich beschränkten Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten beizumessen ist, ist nach dem B. G. B. nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden. Im Allgemeinen wird hierbei wohl anzunehmen sein, die Bürgschaft solle sich auf alle während ihrer Dauer entstandenen (wenn auch erst später fällig gewordenen) Verbindlichkeiten beziehen.

§ 778. Wer einen Anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.

Die entsprechende Bestimmung des I. Entw. (§ 680) lautete, wie folgt:

> Hat Jemand den ihm von einem Anderen ertheilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältniß, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, nicht nach dem Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurtheilen.

Nach der in der 2. Lesung des Entw. (II § 717) beschlossenen jetzigen Fassung (§ 778) wird dagegen der Kreditauftrag (mandatum qualificatum) bis zur erfolgten Kreditgewährung wie ein gewöhnlicher Auftrag behandelt, so daß er insbesondere auch bis dahin widerrufen, bezw. vom Beauftragten gekündigt werden kann (vgl. § 671). — Demgemäß unterliegt auch der Kreditauftrag nicht der für die eigentliche Bürgschaft in § 766 gegebenen Formvorschrift. — Nach erfolgter auftragsmäßiger Kreditgewährung haftet der Auftraggeber — wie auch nach dem Sächs. B. G. B. § 1476 — als Bürge.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 14 §§ 213—215 wird als Bürge verhaftet, wer mündlich oder bei Summen über 50 Thlr. (150 M.) schriftlich erklärt, „daß Jemanden auf seine Gefahr Kredit gegeben werden könne", während derjenige als Hauptschuldner haftet, der Jemanden beauftragt, auf seine, des Auftraggebers, eigene Rechnung einem Andern Geld oder Waaren zu creditiren.

Neunzehnter Titel.

Vergleich.

§ 779. Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältniß im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntniß der Sachlage nicht entstanden sein würde.

Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältniß steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist.

1. In der Begriffsbestimmung des Vergleichs in § 779 sind die Worte: „im Wege gegenseitigen Nachgebens" in dem dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entsprechenden, nicht in engerem juristischem Sinne gemeint, so daß sie auch auf die Fälle sich beziehen, wenn nicht gerade von der dem bisherigen Rechtsverhältniß entsprechenden Leistung, bezw. Gegenleistung etwas nachgelassen, sondern eine anderweite Leistung gewährt, bezw. übernommen wird, z. B. die Zahlung einer Abfindungssumme für ein streitiges Recht. (Reatz I S. 361, Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 132.)

Liegt nicht gegenseitiges Nachgeben vor, sondern nur ein Nachgeben auf einer Seite, so handelt es sich um einen Erlaßvertrag (§ 397).

Gegenstand des Vergleichs können, wie nach bisher. Recht, nicht nur Schuldverhältnisse sein, sondern auch dingliche Rechte sowie familien- und erbrechtliche Ansprüche.

2. Auch über die privatrechtlichen Ansprüche aus bereits begangenen strafbaren Handlungen (Delicten) kann nach der allgemeinen Fassung des § 779 — wie die Mot. II S. 652 als selbstverständlich betrachten — ein Vergleich, wie nach bisher. Recht, geschlossen werden. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 405, Sächs. B. G. B. § 1410, code civil art. 2046.

Das Preuß. Recht (a. a. O. § 416) erklärt ferner einen Vergleich für rechtsunwirksam, der zur Verheimlichung einer von Amtswegen zu verfolgenden strafbaren Handlung geschlossen ist. Das B. G. B. enthält eine besondere Bestimmung hierüber nicht. Ein solches Abkommen ist aber als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig (§ 138).

Ein Abkommen über das Unterlassen eines Strafantrags in Fällen, wo von einem solchen die strafrechtliche Verfolgung abhängt, kann ebenfalls als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein; hierbei kommt es aber auf die Würdigung der concreten Umstände an; es wird z. B. ein Vertrag, wonach auf eine Klage wegen Beleidigung gegen Zahlung einer bestimmten Summe zu einem wohlthätigen oder gemeinnützigen Zwecke verzichtet wird, nicht zu beanstanden sein.

3. Nach Preuß. Recht (a. a. O. §§ 417, 418) wird der Vergleich wie jede andere Willenserklärung durch Irrthum in der Person oder im Gegenstande desselben entkräftet, während ein Vergleich wegen Irrthums „über die Beschaffenheit des streitigen Rechts selbst in der Regel nicht angefochten werden" kann.

Das B. G. B. erklärt in der als Auslegungsregel gegebenen Bestimmung des § 779 im dort gedachten Falle des Irrthums den Vergleich für unwirksam, nicht nur für anfechtbar, indem diese Regelung nach der Natur und dem Zwecke des Vergleichs der Absicht der Parteien entsprechend erachtet wurde und die Aufstellung der Auslegungsregel mit Rücksicht auf die besondern Schwierigkeiten, welche die Auslegung von Vergleichen bereite, gerechtfertigt erschien. (Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 132 f.)

4. Das Französ. Recht (code civil art. 2056) erklärt einen Vergleich für nichtig, wenn über den Streitgegenstand, ohne daß die Parteien oder eine derselben davon Kenntniß hatte, bereits rechtskräftig erkannt war. — Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 408—410 erklärt Vergleiche über „die Art der Erfüllung" eines rechtskräftigen Urtheils für zulässig, bestimmt aber, daß „Entsagungen eines unstreitigen Rechts, wenn sie auch in der Gestalt eines Vergleichs geschehen", nur nach den Vorschriften über Entsagungen zu beurtheilen seien. Das B. G. B. enthält keine besonderen Bestimmungen über Vergleiche nach rechtskräftigem Urtheil; sie erschienen überflüssig. (Mot. II S. 656, Ritgen a. a. O. S. 133.)

5. Für entbehrlich erachtet sind ferner besondere Bestimmungen über die fortdauernde Haftung von Bürgen und Pfändern für den durch den Vergleich nicht aufgehobenen betr. Anspruch. Die Fortdauer dieser Haftung ist im Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 445—449 und im Sächs. B. G. B. § 1415 besonders ausgesprochen, und sie ergiebt sich auch für das Französ. Recht aus dem code civil art. 2051.

Die Verpflichtung der Bürgen und dritten Verpfänder kann — wie das Sächs. B. G. B.

§ 1415 noch besonders besagt — durch den Vergleich zwar gemindert, nicht aber ohne ihre Einwilligung vergrößert werden. Es bleiben dem Bürgen auch gemäß § 768 — wie das Preuß. A. L. R. a. a. O. § 447 ausdrücklich bestimmt — gegenüber dem Gläubiger die Einwendungen gegen die Schuld vorbehalten, „deren der Hauptgläubiger durch den Vergleich verlustig geworden ist“.

Zwanzigster Titel.

Schuldversprechen. Schuldanerkenntniß.

§ 780. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Ertheilung des Versprechens erforderlich.

1. Das B. G. B. legt mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs dem abstrakten, vom Schuldgrunde unabhängig ertheilten Schuldversprechen verbindliche Kraft bei. Im Röm., gemeinen, Preuß. und Französ. Recht wird dagegen für die Verbindlichkeit des Schuldversprechens die Angabe des Verpflichtungsgrundes verlangt; in der neueren Rechtsentwickelung ist jedoch auch für letztere drei Rechtssysteme die Gültigkeit des abstrakten Vertrages behauptet worden. Das Sächs. B. G. B. (§ 1397) erklärt den abstrakten Anerkenntnißvertrag für rechtsgültig; es bestimmt ferner (in § 1398):

> Ausstellung eines Schuldscheines und Annahme desselben enthalten einen Anerkenntnißvertrag, selbst wenn der Grund der Schuld in dem Scheine nicht angegeben ist.

Die Schriftform ist für das abstrakte Schuldversprechen, abgesehen von den in § 782 gedachten Fällen, mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs erfordert worden.

Wo aber wegen des Gegenstandes der versprochenen Leistung oder aus anderen Gründen die einfache Schriftform nicht für genügend erklärt und deshalb eine strengere Form vorgeschrieben ist, da ist zur Verhütung einer Umgehung der betr. Vorschriften auch für das Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß die strengere Form erfordert worden. Vgl. insbes. §§ 311, 313, 518.

2. In der Kommission für die 2. Lesung des Entw. wurde die Streichung der in den I. Entw. (§§ 683, 684) aufgenommenen Bestimmungen über das abstrakte Schuldanerkenntniß und Schuldversprechen beantragt. Von der Mehrheit der Kommission wurde aber der Antrag abgelehnt, indem dabei insbesondere folgende Erwägungen geltend gemacht wurden:

Der Inhalt der Schuldverhältnisse sei nach deren Natur vielfachen Aenderungen (wie z. B. in Folge der Gewährleistungspflicht, durch Verzug, Verwendungen ꝛc.) unterworfen; wie es nothwendig sei, den veränderten Inhalt des Schuldverhältnisses jeweilig zu ermitteln, so sei es auch erforderlich, das Ergebniß zeitweilig festzustellen, und diesem Zwecke solle das Schuldanerkenntniß dienen; die Parteien müßten hiernach für berechtigt erachtet werden, das Schuldverhältniß vom bisherigen Verpflichtungsgrunde abzulösen und letzteren durch die Anerkennung als einen neuen selbstständigen Verpflichtungsgrund in dem Sinne zu ersetzen, daß der Inhalt des Schuldverhältnisses nicht durch das Zurückgehen auf den ursprünglichen Verpflichtungsgrund, sondern durch den Anerkennungsvertrag bestimmt werde; dies sei auch dann für zulässig zu erachten, wenn in Wirklichkeit das Schuldverhältniß, dessen Ergebniß durch die Anerkennung festgestellt werden solle, garnicht bestanden habe, soweit nicht eine Anfechtung der Anerkennung wegen Irrthums über das als bestehend vorausgesetzte Schuldverhältniß in Frage komme; demgemäß sei aber auch das abstrakte Schuldversprechen zuzulassen, durch welches von vornherein ein vom Verpflichtungsgrunde unab-

hängiges Schuldverhältniß begründet werde; der Gläubiger erhalte damit einen im Rechtswege leicht zu verfolgenden und deshalb auch leicht zu verwerthenden Anspruch; ein solches Schuldversprechen sei wie ein Schuldanerkenntniß zu behandeln, da beide Geschäfte mit einander nahe verwandt und im Verkehr oft nicht aus einander zu halten seien. (Reatz I S. 362 f., Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 135 f.)

Auch in der R. T. Kommission (Bericht S. 56) war beantragt, die Vorschriften über das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß (§§ 764 und 765 der Reg.-Vorlage) zu streichen, indem dabei ferner beantragt wurde, den § 782 (766 der Reg.-Vorlage) in folgender Fassung anzunehmen:

> Ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß, welches auf Grund einer Abrechnung oder im Wege eines Vergleichs ertheilt wird, begründet selbstständig eine Verpflichtung.

Zur Begründung des Antrags wurde ausgeführt, daß ein allgemeines Bedürfniß zur Anerkennung des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses nicht bestehe, dasselbe sei wesentlich ein Erzeugniß der Theorie, hervorgerufen durch Bähr's Schrift über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund; abstrakte Schuldversprechen seien, wie am besten der Wechsel beweise, gefährlich und deshalb auf die unentbehrlichsten Fälle der Abrechnung und des Vergleichs zu beschränken.

Hiergegen wurde Seitens der Regierungs-Vertreter und aus der Mitte der Kommission geltend gemacht, das abstrakte Schuldversprechen sei keineswegs ein Erzeugniß der Theorie, sondern habe umgekehrt in praktischen Gerichtsentscheidungen seine erste Wurzel; die Rechtsgültigkeit namentlich des Schuldanerkenntnisses sei insbesondere da ein Bedürfniß, wo verwickelte Verhältnisse vorlägen und dem Gläubiger die Geltendmachung der anerkannten Forderungen erleichtert werden solle; ganz unzulässig und praktisch kaum durchführbar sei es, nur ein auf Grund einer Abrechnung erfolgtes Anerkenntniß für gültig zu erklären; es sei doch nicht für entscheidend zu halten, ob das Anerkenntniß sich auf einen Posten oder auf die Summe mehrerer Posten beziehe, und ob vorher Gegenforderungen abgesetzt worden oder ob solche nicht vorhanden seien; die Ungültigkeit des abstrakten Schuldversprechens widerstreite ferner dem Prinzip der allgemeinen Vertragsfreiheit und verstoße gegen Treue und Glauben; übrigens würde auch bei Annahme des Antrags derselbe wirthschaftliche Erfolg wie durch abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse durch Anwendung der Anweisung (§§ 783, 784) erreicht werden können.

Der erwähnte Antrag wurde darauf „mit großer Majorität" abgelehnt.

3. Im I. Entw. (§ 683) war das (schriftliche) Schuldversprechen oder Anerkenntniß, in welchem ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im Allgemeinen bezeichnet" ist, für ungültig erklärt. — Nach der in der 2. Lesung des Entw. (§ 719) beschlossenen jetzigen Fassung der Bestimmung (§ 780) kommt es nicht darauf an, ob der Verpflichtungsgrund im Schuldversprechen oder Anerkenntniß garnicht oder nur im Allgemeinen oder so vollständig ausgedrückt ist, wie es zur Geltendmachung des Anspruchs im Prozeß erforderlich wäre. Es wurde vielmehr von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. angenommen, auch in Fällen der letztern Art könne ein abstrakter Verpflichtungswille vorliegen, wenn auch möglicherweise in Folge der Erwähnung des Verpflichtungsgrundes das abstrakte Schuldverhältniß in einzelnen Punkten, z. B. hinsichtlich der Verjährung seine Ergänzung aus dem angegebenen Verpflichtungsgrunde finden müsse; die Aufnahme einer gesetzlichen Bestimmung hierüber erschien aber nicht erforderlich. — Das Wesentliche bei der abstrakten Obligation ist, daß das Schuldverhältniß nach dem Willen der Parteien vom Verpflichtungsgrunde unabhängig sein soll, „daß das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll" (§ 780).

Wie hiernach einerseits das Vorliegen einer abstrakten Obligation durch (wenn auch

ausführliche) Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht ausgeschlossen wird, so ist andererseits das Fehlen einer solchen Angabe nicht ohne weiteres als Zeichen eines abstrakten Verpflichtungswillens zu betrachten. Das Gesetz steht in dieser Hinsicht nach den in der 2. Lesung des Entw. gefaßten Beschlüssen auf einem andern Standpunkt, als der I. Entw. Die Motive zu letzterem (II S. 690 f.) bemerken in dieser Hinsicht:

„Der entsprechende Wille des Schuldners erhellt aus der die Abstraktheit ergebenden Schrift und aus der dieser nach der Verkehrssitte beiwohnenden Bedeutung. Es kann deshalb daneben nicht noch der besondere Beweis des abstrakten Verpflichtungswillens des Schuldners verlangt werden“.

In der 2. Lesung des Entw. wurde es dagegen abgelehnt, im Fall der Nicht-Erwähnung des Verpflichtungsgrundes in einer Schuldurkunde eine gesetzliche Vermuthung für den abstrakten Verpflichtungswillen eintreten zu lassen; es soll vielmehr darüber die freie richterliche Prüfung der Thatsachen entscheiden. (Ritgen a. a. O. S. 137 f.)

Diese Abweichung des Gesetzes vom I. Entw. ist nicht ohne praktische Bedeutung; es wird hiernach möglich sein, in manchen Fällen die Gefahren zu mindern oder abzuwenden, die durch die Benutzung der abstrakten Verpflichtungsform — abgesehen vom kaufmännischen Verkehr — sehr leicht herbeigeführt werden können. (Vgl. die folg. Bemrk. 4 a.)

4. a) Durch die abstrakte Verpflichtung soll nicht nur eine Verschiebung der Beweislast herbeigeführt werden, dergestalt, daß der Versprechende nur zu beweisen hätte, welches Schuldverhältniß das Versprechen veranlaßt habe, bezw. daß das betr. Schuldverhältniß nicht bestanden habe, und daß die hiernach sich ergebende materielle Rechtslage für die zu treffende Entscheidung maßgebend wäre; vielmehr wird durch das abstrakte Versprechen, bezw. Anerkenntniß eine neue selbstständige Obligation begründet, so daß Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte im Allgemeinen nicht mehr geltend gemacht werden können.

Das abstrakte Schuld-Versprechen und Anerkenntniß hat hiernach große Aehnlichkeit mit dem Wechsel, es können also diese Verpflichtungsformen leicht zur unlautern, bezw. wucherischen Ausbeutung geschäftsungewandter Personen, namentlich der Landbevölkerung benutzt werden, und auch die vorgeschriebene Schriftform wird in manchen Fällen wenig oder gar keinen Schutz gewähren, zumal da zur Wahrung dieser Form nach dem B. G. B. § 126 auch die bloße Namensunterschrift von Personen genügt, welche nichts weiter, als ihren Namen schreiben und nicht lesen können, also außer Stande sind, sich selbst über den Inhalt des betr. Schriftstücks und dessen Uebereinstimmung mit ihrer Willensmeinung zu vergewissern. Hier zeigt sich nun die praktische Bedeutung des Grundsatzes, daß das Fehlen einer Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht eine (schwer oder garnicht zu widerlegende) gesetzliche Vermuthung für einen abstrakten Verpflichtungswillen begründet. Welche ernsten, gefährlichen Folgen eine Wechsel-Unterschrift haben kann, dessen sind sich nach den gemachten Erfahrungen wohl alle Volkskreise bewußt geworden. Dem abstrakten Schuldversprechen fehlt eine Bezeichnung, welche ähnlich wie das Wort „Wechsel“ auf die strengen Folgen der Verpflichtungsform hinweist. Dieser Folgen werden sich die Unterzeichner der betr. Urkunden (Schuldscheine rc.) vielfach garnicht bewußt sein, sie werden also einen abstrakten Verpflichtungswillen im Sinne des Gesetzes garnicht haben. Die Praxis wird nun in solchen Fällen in der Lage sein, namentlich wenn es sich um die Unterschriften geschäftsungewandter Landleute handelt, in Würdigung der Sachlage das Vorliegen einer abstrakten Obligation zu verneinen. Vgl. die vorstehende Bemrk. 3.

Insofern ist allerdings ein abstraktes Schuldversprechen oder Anerkenntniß weniger gefährlich wie ein Wechsel, als bei einer Abtretung des Anspruchs aus der abstrakten Obligation dem Schuldner nicht die ihm gegen den Vormann zustehenden Einreden, wie beim Wechsel, gutgläubigen Dritten gegenüber abgeschnitten werden.

b) Im Interesse des materiellen Rechts können aber den aus der abstrakten Obligation Verpflichteten nicht sämmtliche Einreden abgeschnitten werden. Der I. Entw. (§ 684) bestimmte in dieser Hinsicht, der Schuldner solle, falls die Voraussetzungen eines Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorliegen, die Erfüllung verweigern oder Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen dürfen, auch den Verpflichtungsschein wegen Irrthums über die anerkannte Verbindlichkeit zurückfordern können. — Diese Bestimmung ist in der 2. Lesung des Entw. gestrichen worden, es wurde dabei aber anerkannt, daß gegenüber dem formalen Anspruch ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht werden könne. (Reatz I S. 362, Ritgen a. a. O. S. 138.) — Vgl. §§ 812 Abs. 2, 813, 818, 822.

§ 781. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntniß), ist schriftliche Ertheilung der Anerkennungserklärung erforderlich. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form.

Vgl. Bemrk. 2—4 zu § 780.

1. Durch das Schuldanerkenntniß wird kein völlig neues Schuldverhältniß geschaffen, vielmehr nur ein bestehendes derart formal festgestellt, daß der Schuldner nicht weiter berechtigt ist, Einwendungen aus dem ursprünglichen Verhältniß zu erheben. Als einer besondern gesetzlichen Feststellung nicht bedürfende Folge hiervon wurde in der Komm. für den II. Entw. hervorgehoben, der Gläubiger könne, wenn er aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse klage, den auf Grund des letzteren erhobenen Einwendungen des Verklagten mit der Replik des Anerkenntnisses wirksam begegnen; es liege also in der spätern Berufung auf das Anerkenntniß keine Klageänderung (Ritgen a. a. O. S. 138). Diese an und für sich nicht maßgebende Ansicht der Komm. für den II. Entw. ist für gerechtfertigt zu erachten.

2. Gegenstand des Schuldversprechens sowie des Schuldanerkenntnisses kann auch eine nach dem Inhalte der betr. Verpflichtungsurkunde von einer Gegenleistung abhängige Verpflichtung sein. Die Aufnahme besonderer Bestimmungen hierüber wurde aber in der 2. Lesung des Entw. abgelehnt. Ritgen a. a. O. S. 138.

3. a) Nur über das Schuldanerkenntniß enthält das B. G. B. Bestimmungen, nicht auch über einen Anerkennungsvertrag bezüglich nicht obligatorischer Rechtsverhältnisse. Die in der Komm. für den 2. Entw. gestellten Anträge auf Aufnahme allgemeiner, nicht nur auf Schuldverhältnisse bezüglicher Vorschriften über den Anerkenntnißvertrag wurden abgelehnt. Es wurde dabei von der Mehrheit der Kommission geltend gemacht, die Anerkennung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses mit objektiver Wirkung könne nur unter Erfüllung aller Erfordernisse für die Begründung des Verhältnisses erfolgen, da die neue Grundlage, die den Entstehungsgrund ersetzen solle, letzterem gleichwerthig sein müsse; es bleibe also den Parteien nur übrig, entweder das Rechtsverhältniß neu zu schaffen oder obligatorisch zu vereinbaren, daß sie sich gegenseitig so behandeln wollten, als wenn das Rechtsverhältniß bestehe; in dieser Hinsicht genügten aber die allgemeinen Grundsätze (Ritgen a. a. O. S 134).

b) Bei der Berathung der Vorschriften über das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß wurde in der 2. Lesung des Entw. auch die Beibehaltung einer Bestimmung über das Anerkenntniß des Nicht-Bestehens einer Verbindlichkeit, den sogen. negativen Anerkennungsvertrag beschlossen, indem dabei erwogen wurde, daß ein solcher Vertrag sich regelmäßig neben dem positiven Bestandtheile in jedem Anerkennungsvertrage befinde, also von erheblicher praktischer Bedeutung sei, daß aber das Anerkenntniß, daß eine Schuld nicht bestehe, nicht ohne weiteres immer zugleich die Erklärung enthalte, die Schuld eventuell auf-

heben zu wollen. Demgemäß wurde eine gesetzliche Regelung für erforderlich erachtet und durch den dem § 290 Abs. 3 des I. Entw. entsprechenden Abs. 2 des § 397 (II § 341) die Gleichstellung des negativen Anerkennungsvertrages mit dem Erlaß-Vertrage beschlossen.

§ 782. Wird ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs ertheilt, so ist die Beobachtung der in den §§ 780, 781 vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht erforderlich.

Die in § 782 enthaltene Ausnahme von der Formvorschrift der §§ 780, 781 ist in der 2. Lesung des Entw. beschlossen worden, und zwar auf Grund der Erwägung, daß in den in § 782 gedachten Fällen der abstrakte Verpflichtungswille ohne weiteres aus dem Zwecke der Erklärung erhelle; auch sei bei Vergleichen und besonders bei den meist unter kleinen Geschäftstreibenden üblichen Abrechnungen eine schriftliche Beurkundung im Verkehr nicht gebräuchlich. (Ritgen a. a. O. S. 137, Denkschr. S. 93.)

Einundzwanzigster Titel.

Anweisung.

§ 783. Händigt Jemand eine Urkunde, in der er einen Anderen anweist, Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen Dritten zu leisten, dem Dritten aus, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.

1. Grund und Zweck der Anweisung können sehr verschieden sein. Es kann dadurch die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Anweisenden gegen den Anweisungsempfänger vermittelt werden oder, wie beim sogen. Kreditbriefe, eine Verbindlichkeit des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden begründet werden. Die Anweisung kann ferner erfolgen zum Zweck einer Schenkung an den Anweisungsempfänger oder in der Absicht, daß letzterer das auf Grund der Anweisung Erhobene im Interesse des Anweisenden verwende oder ihm abliefere. — Was ferner das Verhältniß des Anweisenden zum Angewiesenen betrifft, so kann die Anweisung den Zweck haben, die Einziehung einer Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen zu vermitteln (Anweisung auf Schuld); sie kann aber auch erfolgen, ohne daß eine solche Forderung besteht (Anweisung auf Credit).

Die Anweisung ist demgemäß im B. G. B. nicht im Anschluß an die Vorschriften über den Auftrag, sondern selbstständig geregelt worden. Vgl. Mot. II S. 555 f., Denkschr. S. 94.

Die Anweisung ist unabhängig von dem Rechtsverhältniß, welches ihre Ertheilung veranlaßt hat.

2. Die Anweisung ist aus dem Bedürfniß des Verkehrs nach Erleichterung von Auszahlungen entstanden. Diesem Bedürfniß dient aber lediglich die *schriftliche* Anweisung. *Nur* sie ist daher im B. G. B. besonders geregelt worden. Handelt es sich um eine *mündliche* Anweisung, so sind die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse nach allgemeinen Grundsätzen, bezw. nach der concreten Sachlage zu beurtheilen.

3. Da Anweisungen auf *nicht vertretbare* Sachen im allgemeinen bürgerlichen Verkehr nur sehr selten vorkommen, also kein Anlaß besteht, sie besonders zu berücksichtigen, so bezeichnet das B. G. B. — abweichend vom I. Entw. § 605 — als Gegenstand der Anwei-

sung nicht Leistungen jeder Art, sondern nur Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen. (Denkschr. S. 94.)

4. Die dem Anweisungsempfänger ausgehändigte schriftliche Anweisung ist auch für den Angewiesenen bestimmt und ermächtigt letzteren zur Bewirkung der betr. Leistung für Rechnung des Anweisenden, „ohne daß es, — wie der I. Entw. § 605 noch besonders bemerkte, — einer weiteren Benachrichtigung des Angewiesenen von Seiten des Anweisenden bedarf". Dieser Satz ist im II. Entw. § 619 als selbstverständlich gestrichen worden.

§ 784. Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet; er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen.

Die Annahme erfolgt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Ist der Vermerk auf die Anweisung vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam.

1. Durch die Annahme der Anweisung wird für den Angewiesenen dem Anweisungsempfänger gegenüber eine selbstständige, vom Rechtsgrunde der Anweisung unabhängige Verpflichtung zu der den Gegenstand der Anweisung bildenden Leistung begründet. Es entspricht dies dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 259 sowie dem Sächs. B. G. B. § 1328 und den Anschauungen des Verkehrs.

Demzufolge sind auch die Einwendungen des Angewiesenen gegen die angenommene Anweisung gemäß § 784 Abs. 1 Satz 2 beschränkt. Die Haftung des Acceptanten der Anweisung ist hiernach strenger als beim einfachen Schuldversprechen; denn der Annahme liegt in der Regel ein zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, nicht ein zwischen ersterem und dem Anweisungsempfänger bestehendes Rechtsverhältniß zu Grunde, und es kann deshalb der Angewiesene aus diesem Rechtsverhältnisse dem Anweisenden gegenüber Einwendungen nicht geltend machen.

Mit Rücksicht hierauf ist für die Annahme der Anweisung wie für das Schuldversprechen (§ 780) die Schriftform vorgeschrieben, und zwar in der verschärften Weise, daß die schriftliche Annahme auf der Anweisung selbst — der Verkehrssitte gemäß — zu erfolgen hat. Vgl. Mot. II S. 560, Denkschr. S. 94 f.

2. Verpflichtet zur Annahme der Anweisung ist der Angewiesene gegenüber dem Anweisenden — abweichend vom Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 256, 257 — auch dann nicht, wenn er Schuldner des Anweisenden ist und das von ihm Geschuldete ohne Erschwerung seiner Verpflichtung den Gegenstand der Anweisung bildet. Die Motive II S. 559 bemerken in dieser Hinsicht: „Durch die Annahme der Anweisung übernimmt der Angewiesene eine neue Verpflichtung. Hierzu kann, ohne besondere hierauf gerichtete Verbindlichkeit, Niemand gezwungen werden".

§ 785. Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung verpflichtet.

Die Bestimmung ist in den II. Entw. (§ 621) aufgenommen worden, um den Angewiesenen gegen die Gefahr, auf Grund der Anweisung doppelt zahlen zu müssen, zu schützen. (Denkschr. S. 95.)

§ 786. Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme verjährt in drei Jahren.

Die Festsetzung der kurzen Verjährung von 3 Jahren, — welche dem Art. 77 der Wechs.-Ordn. entspricht, — ist in der 2. Lesung des Entw. (II § 620 Abs. 3) beschlossen worden, und zwar mit Rücksicht darauf, daß Wesen und Zweck der Anweisung eine rasche Abwickelung der aus ihr entstehenden Rechtsbeziehungen erfordern. (Denkschr. S. 95.)

§ 787. Im Falle einer Anweisung auf Schuld wird der Angewiesene durch die Leistung in deren Höhe von der Schuld befreit.

Zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger ist der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist.

Die Bestimmung des § 787 Abs. 1 „setzt wirkliche Anweisung auf Schuld voraus, trifft also nicht schon zu im Falle des Bestehens eines Schuldverhältnisses zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen. Nur in einer Anweisung auf Schuld liegt, auch unausgesprochen, die Nebenabrede, daß der Angewiesene durch die Befolgung des jussus unmittelbar von der Schuld liberirt werden soll, wie der Schuldner immer befreit wird, wenn er zum Zwecke der Erfüllung mit Einwilligung des Gläubigers an einen Anderen leistet (§ 266, jetzt § 362 Abs. 2)" (Mot. II S. 562).

Bezüglich des § 787 Abs. 2 vgl. Bemrk. 2 zu § 784.

§ 788. Ertheilt der Anweisende die Anweisung zu dem Zwecke, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken, so wird die Leistung, auch wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt, erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt.

1. Der Grundsatz, daß die Anweisung keine Zahlung ist, entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 282, 283, Sächs. B. G. B. § 1337.

Als Zahlung gilt es auch nicht ohne weiteres, wenn im bankgeschäftlichen Giro-Verkehr ein Giroconto-Inhaber die Bank anweist, von seinem Conto eine bestimmte Summe auf das Giro-Conto eines Andern (seines Gläubigers) zu übertragen; es liegt hierin die Substituirung eines neuen Schuldners (nämlich der Bank) statt des bisherigen, und hierzu ist das Einverständniß des Gläubigers erforderlich. Vgl. Urth. des R. G. vom 15. October 1892, Jur. Wochenschrift für 1892 S. 483.

2. Die Bestimmung des § 788 (I § 609, II § 622) will nicht besagen, „der Anweisungsempfänger müsse unter allen Umständen von dem Angewiesenen den angewiesenen Gegenstand effektiv erhalten haben. Was als Empfang der Leistung gilt, darüber entscheiden vielmehr die allgemeinen Grundsätze" (Mot. II S. 563). Es kann z. B. auf Grund eines Abkommens zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen Hingabe an Zahlungsstatt oder Kompensation einen Ersatz der auf Grund der Anweisung zu bewirkenden Leistung bilden.

Das Preuß. A. L. R. bestimmt auch (a. a. O. §§ 289, 290), der Anweisungsempfänger (nach der Terminologie des A. L. R. der „Angewiesene") verliere seinen Regreß gegen den Anweisenden, wenn er sich mit dem „Assignaten" (dem Angewiesenen im Sinne des B. G. B.) in „neue Verbindungen" einläßt und darüber den gehörigen Betrieb der Sache versäumt oder dem Assignaten eigenmächtig Nachsicht (Stundung) gewährt oder „sich von ihm weiter anweisen läßt". Das B. G. B. enthält solche Bestimmungen nicht; sie erschienen zu weitgehend. (Mot. II S. 563.)

§ 789. Verweigert der Angewiesene vor dem Eintritt der Leistungszeit die Annahme der Anweisung oder verweigert er die Leistung, so hat der Anweisungsempfänger dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu machen. Das Gleiche gilt, wenn der Anweisungsempfänger die Anweisung nicht geltend machen kann oder will.

1. Der I. und II. Entw. (§ 610, bezw. § 624) erklärten den Anweisungsempfänger dem Anweisenden gegenüber „im Zweifel" wie einen Beauftragten verpflichtet, „den Angewiesenen zu der Leistung aufzufordern". Diese Bestimmung ist aber in die Regier.-Vorlage und in das Gesetz nicht aufgenommen worden; die gedachte Verpflichtung ist also dem Anweisungsempfänger nicht auferlegt, ebenso auch nicht die Verpflichtung, vom Angewiesenen eine Annahme-Erklärung zu verlangen.

2. Ob und inwieweit der Anweisungsempfänger verpflichtet ist, die Anweisung geltend zu machen, die angewiesene Leistung zu erheben, dafür ist das zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen bestehende Rechtsverhältniß maßgebend.

Unabhängig hiervon ist die dem Anweisungsempfänger in § 789 auferlegte — dem Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 280, 283, 284 entsprechende — Anzeigepflicht des Anweisungsempfängers. Die Vorschrift beruht auf der Rücksicht auf Treue und Glauben. „Der Anweisende ist zu der Erwartung berechtigt, daß der Anweisungsempfänger ihn im Falle der Nichthonorirung benachrichtigen werde, um ihn zur rechtzeitigen Wahrnehmung seiner Rechte in Stand zu setzen". (Mot. II S. 565.) Auch von der Verweigerung der Annahme der Anweisung alsbald Kenntniß zu erlangen ist für den Anweisenden von großem Interesse. Aehnlich verhält es sich in dem Falle, wenn der Angewiesene die Anweisung nicht geltend machen kann oder (z. B. bei Ertheilung eines Kreditbriefs) nicht geltend machen will.

„Die Versäumung der Benachrichtigungspflicht zieht immer die Verpflichtung des Assignatars nach sich, dem Anweisenden den aus jener Versäumung entstandenen Schaden zu ersetzen, unter der allgemeinen Voraussetzung einer Verschuldung des Anweisungsempfängers". (Mot. a. a. O.)

§ 790. Der Anweisende kann die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber widerrufen, solange nicht der Angewiesene sie dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat. Dies gilt auch dann, wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt.

1. Der im Anschluß an die Grundsätze vom Auftrag aufgestellte Grundsatz der Widerruflichkeit der Anweisung entspricht dem bisherigen Recht, ebenso auch der Ausschluß des Widerrufs nach Annahme der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 § 275, Sächs. B. G. B. § 1300. Diese Beschränkung der Widerruflichkeit ergiebt sich daraus, daß der Anweisende das seiner Absicht gemäß durch die Annahme der Anweisung begründete selbstständige Schuldverhältniß gegen sich gelten lassen muß. Vgl. Mot. II S. 566, Denkschr. S. 95 f.

2. Ist der Anweisende dem Anweisungsempfänger gegenüber verpflichtet, die Anweisung nicht zu widerrufen, so berührt dies nicht die Rechtsstellung des Angewiesenen; derselbe kann also hieraus gegenüber einem dennoch erklärten Widerruf der Anweisung keine Einrede herleiten, er hat vielmehr auch in diesem Falle den Widerruf zu beachten. Die Verletzung der gedachten Verpflichtung kann nur für den Anweisungsempfänger einen Schadensersatz-Anspruch gegen den Anweisenden begründen.

3. Darüber, ob der Anweisungsempfänger berechtigt ist, die von ihm angenommene Anweisung dem Anweisenden zurückzugeben, darüber enthält das B. G. B. keine besondere Bestimmung. Liegt der Anweisung ein Auftragsverhältniß zu Grunde, so ist der Anweisungsempfänger gemäß § 671 zur Zurückgabe der Anweisung berechtigt; ob dies Recht ihm in andern Fällen zusteht, hängt von den Umständen des concreten Falles ab.

§ 791. Die Anweisung erlischt nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Betheiligten.

Die Vorschrift entspricht der in § 153 hinsichtlich der Vertragsannahme gegebenen Bestimmung.

§ 792. Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem Dritten auf diesen übertragen, auch wenn sie noch nicht angenommen worden ist. Die Uebertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form. Zur Uebertragung ist die Aushändigung der Anweisung an den Dritten erforderlich.

Der Anweisende kann die Uebertragung ausschließen. Die Ausschließung ist dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen ist oder wenn sie von dem Anweisenden dem Angewiesenen mitgetheilt wird, bevor dieser die Anweisung annimmt oder die Leistung bewirkt.

Nimmt der Angewiesene die Anweisung dem Erwerber gegenüber an, so kann er aus einem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältniß Einwendungen nicht herleiten. Im Uebrigen finden auf die Uebertragung der Anweisung die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Bestimmungen des § 792 sind in der 2. Lesung des Entw. (II § 627) beschlossen worden.

Der Anweisungsempfänger kann danach den allgemeinen Grundsätzen gemäß nach erfolgter Annahme der Anweisung seine Rechte aus derselben auf einen Dritten übertragen. Es ist aber auch die Uebertragung der Rechte aus einer noch nicht angenommenen Anweisung für zulässig erklärt worden; denn „das Interesse des Anweisenden wird durch den Eintritt eines Dritten an Stelle des Anweisungsempfängers in der Regel überhaupt nicht berührt, das des Angewiesenen nur mittelbar, sofern er, wenn für ihn durch die spätere Annahme der Anweisung eine selbständige Verpflichtung zur Leistung entsteht, dem Anweisungsempfänger gegenüber möglicher Weise andere Einwendungen haben würde als dem Dritten gegenüber“ (Denkschr. S. 96).

Die Uebertragungserklärung braucht nicht auf der Anweisungsurkunde selbst vermerkt zu werden.

Wie der Anweisende die Anweisung bis zu deren Annahme widerrufen kann (§ 790), so ist er auch befugt, ihre Uebertragung auszuschließen. Zum Schutze des Angewiesenen ist aber ihm gegenüber die Wirksamkeit dieser Ausschließung an die in § 792 Abs. 2 Satz 2 gedachten Voraussetzungen geknüpft.

Zweiundzwanzigster Titel.

Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 793. Hat Jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (Schuldverschreibung auf den Inhaber),

so kann der Inhaber von ihm die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Zur Unterzeichnung genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift.

1. Der I. Entw. (§ 685) wollte das Recht aus der „Schuldverschreibung auf den Inhaber" lediglich an die Thatsache der Inhabung knüpfen. Demgemäß bestimmte § 687 des I. Entwurfs:

> Der Aussteller der Schuldverschreibung darf dem Inhaber derselben die Leistung nicht deshalb verweigern, weil dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat, unbeschadet der Vorschrift des § 689 (jetzt 796).

Diese Regelung, wonach sogar der Dieb das Gläubigerrecht aus der Schuldverschreibung erlangt haben würde, hätte zu unannehmbaren, dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entschieden widersprechenden Folgen geführt; auch liegt ein praktisches Bedürfniß dafür nicht vor. Den in der Kritik und von der Mehrzahl der Bundesregierungen erhobenen Ausstellungen sich anschließend, hat hiernach die Kommission für den II. Entw. den Standpunkt des I. Entw. verlassen und ist von dem Grundsatze ausgegangen, daß die Gläubigerrechte aus der Schuldverschreibung nur dem Eigenthümer des Papiers zustehen, daß aber — dem Zwecke des Instituts gemäß — der Inhaber des Papiers bis zum Nachweise des Gegentheils als zur Verfügung darüber berechtigt anzuerkennen ist und daß demgemäß der Aussteller an den Inhaber ohne Prüfung seiner Legitimation die Leistung bewirken kann und auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit wird.

Demzufolge ist in § 793 (II § 722) der Inhaber zum Verlangen der Leistung für berechtigt erklärt, „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist".

Auf Grund des dem Eigenthümer zustehenden Verfügungsrechts kann aber auch für einen Andern (z. B. Nießbraucher, Pfandgläubiger, Bevollmächtigten) ein abgeleitetes Verfügungsrecht begründet werden.

2. Berechtigt zur Verweigerung der Leistung ist der Aussteller nicht nur, wenn der Inhaber das Papier in unredlicher Weise erworben hat, sondern in allen Fällen, wo ein Verfügungsrecht des Inhabers nicht besteht, wenn z. B. der Auftrag, auf Grund dessen der Inhaber als Bevollmächtigter die Inhabung erlangt hat, durch Widerruf erloschen ist. Dem Aussteller sollte aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit die Möglichkeit gewährt werden, die Rechte des Eigenthümers des Papiers gegenüber dem nur formal legitimirten Inhaber zu wahren. (Vgl. Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 328.)

Andererseits ist eine Verpflichtung zur Verweigerung der Leistung dem Aussteller der Schuldverschreibung nicht auferlegt worden. Eine solche Verpflichtung erschien mit dem Wesen des Inhaberpapiers nicht vereinbar und durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten; die Erwirkung einer Zahlungssperre wurde in der Regel für ausreichend erachtet, um die Rechte des Eigenthümers zu schützen. (Vgl. Ritgen a. a. O. S. 329, Denkschr. S. 97.)

3. Die Vorschriften des B. G. B. über Schuldverschreibungen auf Inhaber beziehen sich nur auf diejenigen Papiere, in denen der Aussteller dem Inhaber eine Leistung verspricht; sie „befassen sich hiernach nicht mit Inhaberpapieren, soweit sie kein Leistungs-

versprechen enthalten, also nicht mit denjenigen, welche über Gesellschaftsantheile ausgestellt sind, z. B. Aktien". (Mot. II S. 694.)

4. Die Herstellung der Unterschrift im Wege der mechanischen Vervielfältigung ist — als Ausnahme von der Regel des § 126 — mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß und im Anschluß an die Verkehrssitte gestattet worden.

§ 794. Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist.

1. Dem Erwerber einer Schuldverschreibung auf den Inhaber kann nicht zugemuthet werden, zu prüfen, ob das Papier vom Aussteller ausgegeben oder ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist; wer die Ausgabe solcher Schuldverschreibungen unternimmt, hat die damit verbundenen Gefahren und Nachtheile zu tragen. Die Verpflichtung des Ausstellers ist daher von der Seitens desselben erfolgten Ausgabe der Papiere unabhängig erklärt. Vgl. Mot. II S. 697, Denkschr. S. 97.

Die Bestimmung ist aber nur im Interesse der Verkehrssicherheit, zu Gunsten des redlichen Erwerbers getroffen. Wer das Papier unredlicher Weise, — indem er wußte oder wissen mußte, daß es ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt war, — erworben hat, gegen den kann der Aussteller diesen Umstand im Wege der Einrede mit Erfolg geltend machen (vgl. § 796).

2. Durch das Verkehrsbedürfniß ist auch die Vorschrift des § 794 Abs. 2 gerechtfertigt.

§ 795. Im Inlande ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden.

Die Genehmigung wird durch die Zentralbehörde des Bundesstaats ertheilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Die Ertheilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden.

Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig; der Aussteller hat dem Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Schuldverschreibungen, die von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgegeben werden.

1. Der II. Entw. (§ 724) wollte die Genehmigung zur Emission von Inhaber-Papieren mit Geld-Versprechen für das ganze Reichsgebiet dem Bundesrath zuweisen. Auf Beschluß des letztern sind aber — wie im I. Entw. § 701 — die Centralbehörden der Bundesstaaten zur Ertheilung der Genehmigung für zuständig erklärt. „Hierbei versteht sich von selbst, daß das Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten darüber entscheidet, ob die Centralbehörde vor Ertheilung der Genehmigung die landesherrliche Zustimmung einzuholen hat" (Mot. II S. 719).

2. Die staatliche Genehmigung ist nur zur Ausstellung und Ausgabe von Inhaber-Papieren mit dem Versprechen einer bestimmten Geldsumme für erforderlich erachtet, da nur bei diesen die Beschränkung der Ausgabefreiheit zum Schutze des Publikums gegen Ausbeutung durch schwindelhafte Unternehmungen und zur Verhütung von Störungen des Staatskredits geboten erschien. Darüber hinauszugehen erschien „um so bedenklicher, als es für die Ausstellung gewisser Papiere, insbesondere von Dividendenscheinen, große Unzuträglichkeiten herbeiführen würde" (Mot. II S. 718).

3. Der I. Entw. § 701 erklärte nur im Allgemeinen, es sollten (Privat-)Schuldverschreibungen mit dem Versprechen einer bestimmten Geldsumme „nur mit Staats-Genehmigung ausgestellt und in Verkehr gebracht werden". Von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. sind die Worte „im Inland ausgestellte" (Schuldverschreibungen) zur näheren Bestimmung des örtlichen Geltungsbereichs der Vorschrift hinzugefügt worden. Es ist damit ein aus dem Papiere selbst zu ersehendes Merkmal gegeben. Die Besorgniß, daß hiernach die gesetzliche Vorschrift durch Angabe eines fingirten ausländischen Ausstellungsortes leicht umgangen werden könne, wurde für nicht begründet erachtet, weil hiergegen die Grundsätze über das Handeln zur Gesetzes-Umgehung (in fraudem legis) eine Handhabe böten und erfahrungsmäßig von Inländern ausgestellte Papiere, die von einem ausländischen Orte datirt seien, ohne daß eine sachliche Beziehung zum betr. Lande besteht, — im Inlande wegen mangelnden Vertrauens keinen Absatz finden. (Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 331.)

4. Die Schadensersatzpflicht des Ausstellers ohne die erforderliche staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangter Inhaber-Papiere ist nicht — wie im I. Entw § 701 Abs. 2 — „den Inhabern" gegenüber, sondern (gemäß II § 724 Abs. 3) nur gegenüber „dem Inhaber", d. h. dem letzten Inhaber des nichtigen Papiers statuirt worden. (Vgl. Ritgen a. a. O. S. 332.)

5. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Form der Vollziehung der von dem Bundesstaate oder einer ihm angehörenden Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes ausgestellten Inhaber-Papiere sind unberührt geblieben. (Vgl. Art. 100 Nr. 1 des Einf.-Ges.)

§ 796. Der Aussteller kann dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

1. Die nur beschränkte Zulassung von Einwendungen gegen den Anspruch aus Inhaber-Papieren ergiebt sich aus dem Wesen und Zweck dieser Schuldverschreibungen.

Der Ausdruck: „Einwendung" ist nach der Terminologie des B. G. B. umfassender, als die Bezeichnung: Einrede. Unter Einwendungen versteht das B. G. B. auch hier „die Geltendmachung der die Entstehung des Schuldverhältnisses hindernden oder dasselbe ipso jure aufhebenden Thatsachen sowie das Vorschützen von Einreden im eigentlichen Sinne", welche letzteren, ohne daß der sie begründende Thatbestand die Forderung ohne weiteres aufhebt (zum Erlöschen bringt), den Schuldner zur Verweigerung der beanspruchten Leistung berechtigen. (Vgl. Mot. II S. 699.)

Der I. Entw. (§ 689) wollte außer den Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung und aus dem Urkunden-Inhalte die Einwendungen zulassen, welche „in dem zwischen dem Aussteller und dem Inhaber bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse sich gründen".

Statt dieses Satzes ist im II. Entw. (§ 725) die der Wechs.-Ordn. Art. 82 und dem H. G. B. Art. 303 entsprechende Fassung gewählt worden: welche . . . „dem Aussteller

unmittelbar gegen den Inhaber zustehen". Es handelt sich hierbei nur um eine — zweckmäßige — redaktionelle Aenderung. Im I. Entw. war die Ausdrucksweise der Wechsel-Ordn. und des H. G. B. nicht beibehalten worden, weil sie an einer „bedenklichen Kürze" zu leiden schien, indem sie keinen Aufschluß gebe, welche Einreden unter den unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehenden zu begreifen seien.

2. Zu den nach § 796 zulässigen dem Aussteller gegen den Inhaber der Schuldverschreibung unmittelbar zustehenden Einwendungen gehört insbesondere auch die Einrede der Arglist (exceptio doli).

Unter diese Kategorie von Einwendungen „fällt, — wie die Mot. II S. 700 erklären, — auch die exceptio doli, welche die Behauptung zur Grundlage hat, der Inhaber habe bei dem Erwerbe der Verschreibung von einer gegen den Vormann zulässigen Einrede Kenntniß gehabt und die Schuldverschreibung in arglistiger Weise, d. h. zu dem Zwecke erworben, um dem Aussteller die betr. Einrede abzuschneiden. Weil das Recht des letzten Inhabers kein abgeleitetes ist, läßt sich ein die exceptio doli nach allgemeinen Regeln begründendes Verhalten nur beim Zutreffen auf der letzteren Voraussetzung annehmen".

Die in den Motiven a. a. O. vertretene Auffassung hat auch bereits in der Litteratur über das B. G. B. Annahme gefunden; demgemäß ist nämlich die Absicht, bezw. der Zweck, Einreden abzuschneiden, als Voraussetzung der gedachten Einrede aus § 796 bezeichnet worden von Ebert in der Handausgabe des B. G. B. von Fischer und Henle, Bemrk. 3 zu § 796, und von Landé in seiner Ausgabe des B. G. B. Anmrk. 4 zu § 796.

Es zeigt sich hier eine praktisch bedeutsame Folge des (in der Bemrk. 3 zu § 242 näher erörterten) Umstandes, daß im B. G. B. die allgemeine Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) nicht Aufnahme gefunden hat. Die Motive zum I. Entw. (a. a. O. und II S. 755) betrachten die Einrede der Arglist (exceptio doli) als processuales Korrelat der auf Betrug oder Arglist gegründeten Klage (actio doli) und sie verlangen demgemäß wie bei dieser Klage so auch bei der Einrede der Arglist ein absichtliches bezw. bewußtes rechtswidriges Handeln (dolus ex proposito). Nach bisherigem Recht wird dagegen die Einrede der Arglist auch gegen ein an und für sich, objectiv betrachtet, arglistiges Verhalten, insbesondere auch beim Geltendmachen von Forderungen gewährt, selbst wenn der Handelnde dabei eine Arglist nicht beabsichtigte, bezw. einer solchen sich nicht bewußt war, — wenn also res ipsa in se dolum habet[1]). Wenn z. B. Jemand eine Forderung, insbesondere eine Wechselforderung erwirbt, wissend, daß dem Schuldner gegen den Cedenten (Giranten ꝛc.) Einreden zustehen, die an und für sich gegenüber einem dritten Erwerber der Forderung nicht zulässig sind, so kann nach bisherigem Recht der Schuldner auch solche Einreden gegen den Forderungsinhaber mittelst Einrede (exceptio doli) geltend machen. Die gegentheilige Auffassung der Motive würde namentlich auch bei Wechsel-Forderungen zu einer praktisch sehr erheblichen Abweichung vom bisherigen Rechtszustande führen.

Die Auffassung der Motive steht allerdings im Einklange mit einem (dabei a. a. O. S. 700 Note 2 citirten) Urtheile des vorm. R. O. H. G. vom 23. October 1872 (Entsch. Bd. 7. S. 246 ff.). Es wird darin ausgeführt, wenn ein Wechselgläubiger unredlicher Weise, um dem Wechselgläubiger Einreden abzuschneiden, den Wechsel indossirt und für seine Rechnung durch den Indossatar einklagen läßt, so liege ein „dolus" des Klägers dann nicht vor, wenn er von dieser Absicht des Indossanten vor oder bei der Wechselindossirung „keine Kenntniß resp. Ueberzeugung" hatte. Diese Ansicht des vorm. R. O. H. G. ist aber vom Reichsgericht in mehreren Entscheidungen reprobirt worden; dasselbe hat vielmehr angenommen, daß in Fällen der erwähnten Art den Kläger der Vorwurf arglistigen Verfahrens auch dann trifft, wenn er

[1]) Vgl. l. 36. D. de V. O. 45, 1 (Ulpian.).

erst „vor Anstellung der Wechselklage oder auch erst im Laufe des Prozesses die von dem Wechselschuldner in Anspruch genommenen Einreden erfährt und das ihm zustehende formale Recht dazu mißbraucht, die Geltendmachung der Einreden kraft seiner eigenen wechselrechtlichen Legitimation lediglich zum Vortheile des Indossanten und zum Nachtheile des Wechselschuldners zu verhindern" [1]).

Die an und für sich nicht maßgeblichen, innerlich nicht gerechtfertigten erwähnten Ausführungen der Motive haben im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Die jetzige Fassung des § 796 schließt sich eng an Art. 82 der Wechs.-Ordn. an. Es ist also hiernach und mit Rücksicht auf die Erörterungen, welche in der R. T. Kommission und im Reichstage über die Einrede der Arglist stattgefunden haben (vgl. Bemrk. 3 zu § 242), davon auszugehen, daß die Einrede der Arglist (exceptio doli) auch in den Fällen des § 796 ein absichtlich, bezw. bewußt rechtswidriges Verhalten (dolus ex proposito) nicht voraussetzt, daß vielmehr schon ein, objektiv betrachtet, an und für sich arglistiges Verhalten die Einrede begründet.

3. Nach § 796 ist der Aussteller der Schuldverschreibung auch „nicht behindert", „eine ihm gegen den jeweiligen Inhaber zustehende Forderung zur Aufrechnung zu bringen und seine Verbindlichkeit aus der Schuldverschreibung auf diese Weise zu tilgen" (Mot. II S. 700).

§ 797. Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung verpflichtet. Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigenthum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist.

Die Verpflichtung des Inhabers, dem Aussteller auf Verlangen eine Quittung auszustellen (§ 368), wird durch § 797 nicht berührt. Vgl. Mot. II S. 698. — Das Papier muß dem Aussteller vorgelegt werden; die Schuld ist ein „Holschuld" (Mot. a. a. O.).

Abschlagszahlungen können zur Sicherung des Ausstellers gegen eine nochmalige Zahlung an einen anderen Inhaber auf der Schuldverschreibung vermerkt werden. Vgl. Mot. a. a. O.

§ 798. Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber in Folge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Inhaber, sofern ihr wesentlicher Inhalt und ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind, von dem Aussteller die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

Kann die schadhafte Schuldverschreibung nicht mehr in ihrer Individualität erkannt werden, so muß der Inhaber, abgesehen von den in § 804 gedachten Fällen, das Aufgebot veranlassen (§ 799).

§ 799. Eine abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibung auf den Inhaber kann, wenn nicht in der Urkunde das Gegentheil bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Ausgenommen sind Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen.

Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen

---

[1]) Urtheil vom 14. November 1883, Entsch. Bd. 11 S. 5 f., 9; — vgl. auch Urth. des R. G. vom 26. Januar 1881, Entsch. Bd. 4 S. 100 f.

die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu ertheilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen.

1. Die dem bisherigen Recht entsprechende Zulässigkeit der Kraftloserklärung von Inhaberpapieren rechtfertigt sich durch das Bedürfniß einer Abhülfe gegen die Gefahren, welche mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur dieser Papiere dem Inhaber im Fall eines Verlustes oder einer Vernichtung derselben drohen. — Vgl. C. P. O. §§ 823 ff., 837 ff.

Die Ausnahme betreffs der auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen beruht auf der geldähnlichen Natur und Funktion dieser Papiere und entspricht dem Ausschlusse der Amortisation von Banknoten nach § 4 des Bankgesetzes vom 14. März 1875.

Der Ausschluß der Kraftloserklärung von Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheinen ist mit Rücksicht auf die besondere Natur dieser meist über kleine Beträge lautenden Papiere und die demzufolge aus ihrer Amortisirbarkeit drohenden Gefahr bestimmt worden. (Mot. II S. 706, Denkschr. S. 98.)

2. Die Vorschrift des § 799 Abs. 2 ist in der 2. Lesung des Entw. (II § 729 Abs. 2) beschlossen worden, und zwar mit Rücksicht darauf, daß zur Durchführung des betr. Aufgebotsverfahrens nach den Vorschriften der C. P. O. (vgl. insbes. §§ 843—845) Nachweise über Umstände erforderlich sind, betreffs deren nur der Aussteller der Schuldverschreibung dem Inhaber zuverlässige Auskunft und Zeugnisse ertheilen kann. (Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 333.)

§ 800. Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugniß, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

Die Befugniß des vormaligen Inhabers der Schuldverschreibung, den Anspruch aus derselben geltend zu machen, ergiebt sich bereits aus § 850 der C. P. O.

§ 801. Der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der dreißig Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich.

Bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt.

Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden.

Die einfache Anwendung der Vorschriften über die Verjährung auf die Ansprüche aus Inhaber-Papieren würde mit Rücksicht auf die besondere Natur dieser Papiere insbesondere hinsichtlich des Beginns, der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung manche Schwierigkeiten und Zweifel herbeiführen. Es ist deshalb, um einen sichern Rechtszustand zu schaffen,

für das Erlöschen der Ansprüche aus Inhaber-Papieren durch Zeitablauf zuvörderst eine Präklusiv-Frist festgesetzt, innerhalb deren die Urkunde dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt werden muß. Die Dauer der Frist ist ebenso wie bei der Verjährung (vgl. §§ 195, 197, 201) normirt. — Eine von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Festsetzung der Dauer und des Beginns der Vorlegungsfrist, nicht aber die gänzliche Beseitigung derselben ist dem Aussteller gestattet. Erfolgt die Vorlegung innerhalb der Frist, so tritt, wenn trotzdem der Anspruch aus der Urkunde bestehen bleibt, eine zweijährige Verjährung des Anspruchs ein.

§ 802. Der Beginn und der Lauf der Vorlegungsfrist sowie der Verjährung werden durch die Zahlungssperre zu Gunsten des Antragstellers gehemmt. Die Hemmung beginnt mit der Stellung des Antrags auf Zahlungssperre; sie endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens und, falls die Zahlungssperre vor der Einleitung des Verfahrens verfügt worden ist, auch dann, wenn seit der Beseitigung des der Einleitung entgegenstehenden Hindernisses sechs Monate verstrichen sind und nicht vorher die Einleitung beantragt worden ist. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

Die Zahlungssperre erfordert ein auf Antrag zu erlassendes richterliches Verbot. Betreffs des Verfahrens soll eine in die C. P. O. (§ 850a) aufzunehmende Bestimmung getroffen werden.

§ 803. Werden für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber Zinsscheine ausgegeben, so bleiben die Scheine, sofern sie nicht eine gegentheilige Bestimmung enthalten, in Kraft, auch wenn die Hauptforderung erlischt oder die Verpflichtung zur Verzinsung aufgehoben oder geändert wird.

Werden solche Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht zurückgegeben, so ist der Aussteller berechtigt, den Betrag zurückzubehalten, den er nach Abs. 1 für die Scheine zu zahlen verpflichtet ist.

Die im § 803 statuirte Unabhängigkeit der Zinsscheine (Coupons) von der Hauptforderung entspricht der im Verkehre vorherrschenden Auffassung. Der Aussteller wäre, wenn das Gegentheil gälte, genöthigt, bei der Einlösung jedes einzelnen Zinsscheins zu prüfen, ob die Hauptforderung noch besteht. Daß eine solche oft schwierige und zeitraubende Prüfung in der Absicht des Ausstellers liege, ist nicht anzunehmen. Die dispositive Vorschrift des § 803 Abs. 1 entspricht sonach der muthmaßlichen Absicht der Aussteller der Zinsscheine. Vgl. Mot. II S. 701, Denkschr. S. 99. — Vgl. auch Bemrk. 1 zu § 266.

Zinserneuerungsscheine gelten nur als Legitimations-Papiere; sie werden mit der Haupturkunde von selbst bedeutungslos und kraftlos. Dies ist auch der Fall betreffs der Dividenden- und Gewinnantheilsscheine. Vgl. Mot. II S. 702 f.

§ 804. Ist ein Zins-, Renten- oder Gewinnantheilschein abhanden gekommen oder vernichtet und hat der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist angezeigt, so kann der bisherige Inhaber nach dem Ablaufe der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem

Scheine gerichtlich geltend gemacht worden ist, es sei denn, daß die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt ist. Der Anspruch verjährt in vier Jahren.

In dem Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine kann der im Abs. 1 bestimmte Anspruch ausgeschlossen werden.

Der Grundsatz der Nicht-Amortisirbarkeit der in § 804 gedachten Verschreibungen (vgl. § 799 Abs. 1) darf dem Aussteller wenigstens in der Regel nicht zum Vortheil gereichen. Durch § 804 ist hiernach den betr. ihren Verlust nachweisenden Inhabern der Zinsscheine 2c. ein Mittel zur Wahrung ihres Gläubiger-Rechts gewährt worden. Vgl. Mot. II S. 710 f.

Der Aussteller hat nur darzuthun, daß der Zinsschein 2c. überhaupt zur Einlösung vorgelegt worden, bezw. der Anspruch daraus gerichtlich geltend gemacht ist. Dem Gläubiger ist es dann überlassen, darzuthun, daß diese Vorlegung, bezw. Geltendmachung erst nach dem Ablaufe der Vorlegungsfrist erfolgt ist.

§ 805. Neue Zins- oder Rentenscheine für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber dürfen an den Inhaber der zum Empfange der Scheine ermächtigenden Urkunde (Erneuerungsschein) nicht ausgegeben werden, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Inhaber der Schuldverschreibung auszuhändigen, wenn er die Schuldverschreibung vorlegt.

Die Vorschrift bezweckt insbesondere den Schutz des Inhabers der Schuldverschreibung gegen den Verlust des Erneuerungsscheins. Die Ausgabe neuer Zins- und Rentenscheine an den Inhaber des Erneuerungsscheines (Talons) soll aber nach der in der 2. Lesung des Entw. beschlossenen Fassung nicht nur — wie nach dem I. Entw. § 698 — dann unzulässig sein, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung den Erneuerungsschein verloren hat und den Verlust dem Aussteller anzeigt, sondern es soll mit Rücksicht auf die Eigenschaft der Erneuerungsscheine als nur unvollkommene Legitimations-Papiere die Aushändigung neuer Zinsscheine überhaupt auf jeden Widerspruch des Inhabers der Hauptobligation unterbleiben. (Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 340.)

§ 806. Die Umschreibung einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten kann nur durch den Aussteller erfolgen. Der Aussteller ist zur Umschreibung nicht verpflichtet.

Bei der Verbindung der Gläubigerbefugnisse aus einem Inhaberpapiere mit der Inhabung der Urkunde und bei der nur beschränkt zulässigen Verfolgung des Eigenthums an solchen Papieren (§ 935 Abs. 2) führt der Verlust derselben für den bisherigen Inhaber nicht geringe Gefahren herbei. Andererseits kommt für viele Besitzer solcher Schuldverschreibungen (wie Kommunalverbände, Stiftungen, Fideicommißmassen 2c.) eine alsbaldige Weiterbegebung und eine erleichterte Möglichkeit derselben nicht in Betracht. Hiernach sind gesetzliche Bestimmungen sehr wünschenswerth, welche die Beseitigung der aus der Natur der Inhaberpapiere sich ergebenden Gefahren ermöglichen.

Diesem Zwecke dient das in Preußen, Sachsen, Braunschweig, Oldenburg und einigen kleineren Staaten Deutschlands mit manchen Modifikationen eingeführte Institut der Außerkurssetzung und Wiederinkurssetzung von Inhaberpapieren. Es wird danach durch einen Vermerk des Inhabers selbst oder einer von ihm deshalb ersuchten Behörde das Papier im Allgemeinen als außer Kurs gesetzt oder als einer bestimmten Person gehörend bezeichnet.

Das Institut der Außerkurssetzung ist durch das B. G. B. aufgehoben worden, und zwar dergestalt, daß mit dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs eine vorher erfolgte Außerkurssetzung ihre Wirkung verliert (Art. 176 des Einf.-Ges.). Maßgebend war hierbei die Erwägung, daß das System der einseitigen Außerkurssetzung gefährlich und mit großen Belästigungen und Nachtheilen für den Verkehr verbunden sei, während ein Bedürfniß für das Institut nach der jetzigen Regelung des Hinterlegungswesens nicht vorliege. (Mot. II S. 716.)

Als Ersatz für die einseitige Außerkurssetzung Seitens des Inhabers hat das B. G. B. (§ 806) die das Einverständniß zwischen Inhaber und Aussteller erfordernde Umschreibung der Inhaberpapiere auf den Namen eines bestimmten Berechtigten durch den Aussteller gestattet, und zwar im Anschluß an das in Bayern, Württemberg, Baden, Mecklenburg, Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, Hamburg und Lübeck geltende Recht. „Durch solche Umschreibung wird das seitherige Inhaberpapier seiner Inhabereigenschaft entkleidet; es wird Namenpapier" (Mot. II S. 717); es finden also die Vorschriften über Inhaberpapiere auf das umgeschriebene Papier so lange keine Anwendung, bis die Umschreibung durch den Aussteller wieder aufgehoben worden ist.

Es erschien aber unstatthaft, den Aussteller zur Umschreibung auf Antrag des Inhabers gesetzlich zu verpflichten. Er kann jedoch die Umwandlung in der Urkunde rechtsgültig versprechen.

Unberührt geblieben sind indessen die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach der Bundesstaat oder ihm angehörende Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts zur Umschreibung der von ihnen ausgestellten Inhaberpapiere auf den Namen eines bestimmten Berechtigten verpflichtet und die aus einer der Umschreibung solcher Papiere ergebenden Rechtsverhältnisse geregelt sind (Art. 101 des Einf.-Ges.).

§ 807. Werden Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchen sich ergiebt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, so finden die Vorschriften des § 793 Abs. 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung.

Die Besonderheit der im § 807 gedachten Urkunden (wie Fahrkarten, Theater- und Concert-Billets, Speise- und Biermarken 2c.) besteht darin, daß die Urkunde das Versprechen garnicht oder nur unvollkommen angiebt und namentlich den Kreis der vorbehaltenen Einreden nicht ersichtlich macht; auch ist die Angabe, bezw. Unterschrift des Ausstellers nicht erforderlich.

Ob die Urkunde wie ein Inhaberpapier betrachtet und behandelt werden oder nur als Legitimationspapier dienen soll, das bestimmt sich nach dem in jedem Falle zu ermittelnden Willen des Ausstellers; das Gesetz hat eine Vermuthung in dieser Hinsicht nicht aufgestellt, sich vielmehr darauf beschränkt, den Verkehrsverhältnissen gemäß solche Urkunden mit ähnlicher Wirkung wie Inhaberpapiere zuzulassen. „Die Unvollkommenheit der Regelung ist bei der Lage der Dinge ein nicht zu vermeidendes Uebel" (Mot. II S. 722).

Nach Maßgabe des § 793 Abs. 1 ist der Inhaber der betr. Urkunde legitimirt, die versprochene Leistung zu verlangen. Die Zulässigkeit von Einwendungen des Ausstellers bestimmt sich nach § 796. Zur Leistung ist der Aussteller nur gegen Aushändigung des Papiers 2c. verpflichtet (§ 797).

Verpflichtet zur Leistung ist der Aussteller auch dann, wenn die Urkunde ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. Die betr. Vorschrift (§ 794, I 686, II 823) ist in der 2. Lesung des Entw. auch auf die in § 807 gedachten Urkunden für entsprechend anwendbar erklärt worden, indem dabei folgende Erwägung maßgebend war: die Ausgabe der betr.

Karten &c. müsse allerdings gemäß § 807 durch den Aussteller begonnen werden; hieraus ergebe sich eine nur beschränkte Anwendbarkeit des § 794; sei aber die Ausgabe einer bestimmten Gattung von Karten, Marken &c. einmal begonnen, so müsse der gutgläubige Erwerber gegen die Einrede geschützt sein, daß gerade die von ihm erworbene Karte oder Marke ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt, gestohlen oder verloren sei. (Ritgen a. a. O. Bd. 40 S. 341.)

Unbedenklich erschien ferner der Kommission für den II. Entw. die analoge Anwendung der Vorschrift des § 794 Abs. 2, betr. die Wirksamkeit der Urkunden im Fall ihrer Ausgabe nach dem Tode oder der eingetretenen Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers. (Ritgen a. a. O.)

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Kraftloserklärung und die Zahlungssperre in Ansehung der in § 807 bezeichneten Papiere (Art. 102 des Einf.-Ges.).

§ 808. Wird eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit. Der Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet. Ist die Urkunde abhanden gekommen oder vernichtet, so kann sie, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die im § 802 für die Verjährung gegebenen Vorschriften finden Anwendung.

Die in § 808 gedachten Urkunden sind nicht Inhaberpapiere, sondern sogenannte qualificirte Legitimationspapiere (wie z. B. viele Sparkassenbücher, Leihhausscheine &c.). Dem Aussteller ist seinem Interesse gemäß gestattet, die Leistung rechtsgültig an jeden Inhaber (Präsentanten) ohne Legitimationsprüfung zu bewirken, aber er ist hierzu nicht verpflichtet, kann vielmehr den Beweis der Berechtigung des Inhabers verlangen (§ 808 Abs. 1 Satz 2), und zwar auch nach Erwirkung eines Ausschlußurtheils, da letzteres nur die Vorlegung der Urkunde ersetzt.

Ein Aufgebotsverfahren betreffs der Urkunden kann nach § 808 Abs. 2 nicht nur, wie bei Inhaberpapieren (§ 799 Abs. 1), in der Urkunde selbst, sondern auch anderweit, in Statuten, Reglements &c. für nicht erforderlich erklärt werden.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für die Kraftloserklärung der im § 808 bezeichneten Urkunden ein anderes Verfahren als das Aufgebotsverfahren bestimmen. (Art. 102 des Einführ.-Ges.) In die C. P. O. soll auch die Bestimmung (§ 850a²) aufgenommen werden, daß, sofern die Vorschriften der C. P. O. über das Aufgebots-Verfahren und die Zahlungssperre bei Inhaberpapieren auch auf die in § 808 gedachten Urkunden Anwendung finden, es doch der Landesgesetzgebung freistehen soll, über die Veröffentlichung des Aufgebots und der die Zahlungssperre betreffenden Bekanntmachungen abweichende Vorschriften zu erlassen.

Dreiundzwanzigster Titel.

Vorlegung von Sachen.

§ 809. Wer gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, kann, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde

für ihn von Interesse ist, verlangen, daß der Besitzer ihm die Sache zur Besichtigung verlegt oder die Besichtigung gestattet.

Im Anschluß an eine im gem. Recht vertretene Ansicht gewährt das Sächs. B. G. B. § 1565 demjenigen, dem wegen eines Rechtes daran gelegen ist, eine Sache zu besichtigen, um sich zu vergewissern, „ob sie diejenige ist, auf welche sein Recht sich bezieht, oder wiefern sie diejenige Beschaffenheit habe, welche für sein Recht von Bedeutung ist", allgemein gegen jeden Inhaber der Sache das Recht, zu fordern, „daß er dieselbe ihm vorzeige und von ihm besichtigen lasse".

Eine so weite Ausdehnung des Rechts auf Vorzeigung einer Sache ist für unzulässig erachtet worden, da sie zu den größten Mißbräuchen führen könne. (Mot. II S. 890.) Es ist daher das Recht (die actio ad exhibendum) auf den Fall beschränkt worden, wenn Jemand gegen den Besitzer einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache in Ansehung derselben einen Anspruch hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht.

„Anspruch und Interesse müssen erforderlichen Falls nach allgemeinen Grundsätzen bewiesen werden; die bloße Glaubhaftmachung, welche nach gemeinem Rechte ausreichend ist, genügt nicht" (Mot. II S. 891).

§ 810. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

Die Bestimmung schließt sich an die einen schwebenden Proceß voraussetzenden Vorschriften der C. P. O. (§§ 394, 387) über die Editionspflicht eines nicht zu den proceßführenden Parteien gehörenden Dritten an.

§ 811. Die Vorlegung hat in den Fällen der §§ 809, 810 an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich die vorzulegende Sache befindet. Jeder Theil kann die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Die Gefahr und die Kosten hat derjenige zu tragen, welcher die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Theil die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

Unter dem „Orte", an welchem sich der vorzulegende Gegenstand befindet, ist nicht die engere räumliche Begrenzung des Gegenstandes (z. B. Geschäftsraum des Verpflichteten) gemeint; der Ausdruck „Ort" ist vielmehr in dem weitern geographischen Sinne aufzufassen, der auch dem Ausdruck: „Erfüllungsort" zu Grunde liegt. An welcher besonderen Stelle dieses Ortes die Vorlegung zu erfolgen hat, ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmen. (Reatz I S. 350.)

Vierundzwanzigster Titel.

Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 812. Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise

auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

1. Die Vorschriften über Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Condictionen) haben im B. G. B. eine weit größere praktische Bedeutung und einen weit umfassendern Wirkungsbereich als in den bisherigen Rechtssystemen; denn bei den „abstrakten", vom materiellen Verpflichtungsgrunde unabhängigen Verträgen und Erfüllungsgeschäften findet, wenn sie rückgängig gemacht werden, nach dem B. G. B. ein Anspruch nur nach Maßgabe der Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung als persönlicher Anspruch statt. Hierdurch haben im B. G. B. — wie auch die Motive II S. 3 bemerken, — „die Vorschriften über die Condictionen ihre besondere, den gesammten Vermögensverkehr beherrschende und durchziehende Bedeutung erhalten".

2. Im I. Entwurf war im dortigen Abschnitt von der „Bereicherung" (II. Buch IV. Abschnitt I. Titel §§ 737—748) zunächst der Fall der „Leistung einer Nichtschuld" (condictio indebiti) wie ein Normalfall behandelt, und es waren sodann die hierfür gegebenen Vorschriften, insbesondere betreffs des Umfangs der Rückgewähr auf die im I. Entw. aufgestellten vier andern Kategorien mit einigen Modifikationen zur Anwendung gebracht, nämlich auf die Condictionen:

a) wegen Nicht-Eintritts der Voraussetzung (condictio obi rem, (causa data, causa non secuta), § 742—744),
b) wegen Wegfalls des Rechtsgrundes einer Leistung (condictio ob causam finitam, §§ 745 und 746),
c) wegen verwerflichen Empfanges (condictio ob turpem causam, § 747) und
d) wegen sonstigen grundlosen Habens (condictio sine causa, § 748).

Im II. Entw. (§ 737) und nun im Gesetze ist dagegen der für die Condictionen leitende allgemeine Grundsatz an die Spitze gestellt. — In ähnlicher Weise geht auch das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 262 in dem Abschnitte: „Von nützlichen Verwendungen" von dem Grundsatze aus:

> Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück- oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigt.

Dabei setzt auch das Preuß. A. L. R., wie das B. G. B. in § 812, einen des Rechtsgrundes entbehrenden Erwerb voraus.

3. Wann ein des rechtlichen Grundes entbehrender Erwerb, eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, dafür giebt das B. G. B. keine grundsätzliche Bestimmung, ebenso auch nicht darüber, wann und in wie weit der Empfänger den Wegfall der Bereicherung geltend machen könne, ob dies insbesondere mit Bezug auf Ausgaben und Vermögensminderungen geschehen könne, „welche er vermieden haben würde, falls er die Leistung nicht empfangen hätte". Nur ganz im Allgemeinen bemerken die Motive (II S. 838) in dieser Hinsicht: „Sofern der Kausalzusammenhang feststeht, haben derartige Ausgaben oder Vermögensminderungen den Wegfall der ursprünglichen Bereicherung zur Folge. Im Uebrigen ist die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Eine gesetzliche Bestimmung könnte nur zu Mißdeutungen wie zur Hervorrufung und Verlängerung der Processe führen".

Bei der Entscheidung der Frage, ob eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, ist von der Erwägung auszugehen, daß vom Standpunkte des materiellen Rechts aus eine zurückgeforderte Leistung nicht deshalb auch gegenüber dem Zurückfordernden wohlerworben ist, weil der Empfänger dadurch etwas erhalten hat, was er überhaupt, wenn auch von anderer Seite zu beanspruchen hatte; es kommt vielmehr — und davon geht auch das Preuß. A. L. R. aus — entscheidend darauf an, ob in den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Geber und Empfänger ein Rechtsgrund (causa) dafür vorliegt, daß der Empfänger das Empfangene bezw. dessen Werth behalten darf, oder ob ein solcher Rechtsgrund nicht vorhanden ist. Zu welchen verschiedenen praktischen Ergebnissen das Ausgehen von dem hier vertretenen oder vom entgegengesetzten Standpunkte führen kann, das ergiebt sich z. B. in folgendem Falle:

Bezahlt ein Wechselbezogener einen Wechsel, dessen Accept gefälscht ist, in der irrthümlichen Annahme, daß die (etwa besonders geschickt nachgemachte) Accept-Unterschrift von ihm herrühre, so kann er zufolge der hier vertretenen Auffassung nach entdeckter Fälschung die Zahlung vom Zahlungsempfänger zurückfordern, da letzterer keinen Anspruch auf Zahlung Seitens des Zahlungsleisters hatte, wenn ihm auch gegen die wirklich aus dem Wechsel Verpflichteten der Anspruch auf Zahlung der Wechselsumme zustand. Dagegen ist in einem (bei den erwähnten Ausführungen der Motive II S. 838 Note 1 ohne weitere Bemerkung angeführten) Urtheile des vorm. R. O. H. G. vom 4. März 1875 (Seuffert, Archiv für Entscheidungen 2c. Bd. 33 Nr. 32 S. 46 f.) in einem Falle, wie der erwähnte, dem Wechselzahler ein Recht auf Rückforderung der Zahlung gegenüber dem Zahlungsempfänger versagt worden, weil es in einem solchen Falle „an der für jede Condiction wesentlichen Voraussetzung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Zahlungsempfängers" mangele; denn der Beklagte habe in Folge der vom Kläger empfangenen und zurückgeforderten Zahlung und der deshalb von ihm unterlassenen rechtzeitigen Wechselprotesterhebung die Möglichkeit, sein Regreßrecht gegen den Wechselaussteller auszuüben, verloren. — Für diesen Verlust würde aber der Zahlende doch nur dann verantwortlich gemacht werden können, wenn ihn bezüglich der Prüfung der von ihm irrthümlich anerkannten Unterschrift ein Verschulden träfe.

4. „Den möglichen Gegenstand der Kondiction bildet Alles, was als Vermögenswerth oder Vermögensbestandtheil angesehen werden kann, durch dessen Uebergang aus dem Vermögen des Einen in dasjenige eines Anderen der letztere bereichert wird, insbesondere z. B. auch die Begründung und der Erlaß einer Obligation" (Mot. II S. 830).

Der I. Entw. § 737 Abs. 3 enthielt in dieser Hinsicht noch die Bestimmung:

> Die Rückforderung findet auch dann statt, wenn die Leistung nur in der Einräumung des Besitzes oder der Inhabung bestanden hat.

Nach der allgemeinen Fassung des § 812 ist eine solche Rückforderung (condictio possessionis) ebenfalls für statthaft zu erachten; denn der Besitz gewährt „werthvolle Rechtspositionen, wie sich bei der Geltendmachung des Eigenthums, bei der Tradition, der Ersitzung, bei den Vorschriften über die Sachvertheidigung und die possessorischen Klagen zeigt" (Mot. II S. 830). Sein Recht zum Besitze oder sein Interesse daran braucht der Kondicent zur Begründung der Rückforderung nicht näher zu bezeichnen oder zu beweisen. Der Besitzer kann aber (mittelst Einrede) gemäß § 986 die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer (§ 868), von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigenthümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, wenn er z. B. das zurückgeforderte Grundstück mittelst formgemäßen Vertrages (vgl. Bemrk. 3 zu § 518) vom Kläger gekauft und übergeben, aber nicht aufgelassen erhalten hat.

Bezüglich des § 812 Abs. 2 vgl. Bemrk. zu § 780.

§ 813. Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete

kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. Die Vorschrift des § 222 Abs. 2 bleibt unberührt.

Wird eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt, so ist die Rückforderung ausgeschlossen; die Erstattung von Zwischenzinsen kann nicht verlangt werden.

Eine Leistung kann als eine nicht geschuldete (indebitum) zurückgefordert werden nicht nur, wenn die Verbindlichkeit überhaupt nicht bestanden hat oder wieder erloschen war, sondern auch dann, wenn ihr Erlöschen durch eine sogenannte peremtorische Einrede herbeigeführt werden konnte, z. B. durch die Einrede des Betruges und der Drohung (gemäß §§ 123, 124, 143, s. auch § 853).

Ausgeschlossen ist jedoch hierbei die Berufung auf die peremtorische Einrede der Verjährung gemäß § 222 Abs. 2. Der dies klarstellende Schlußsatz des § 812 Abs. 1: „Die Vorschrift des § 222 Abs. 2 bleibt unberührt" ist von der R. T. Kommission (Bericht S. 56) hinzugefügt worden, um den scheinbaren Widerspruch mit § 222 Abs. 2 zu beseitigen.

§ 814. Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

1. „Nur wirkliche Kenntniß vom Nichtbestande der Verbindlichkeit schließt die Zurückforderung des Geleisteten aus, dergestalt, daß der bloße Zweifel am Bestehen der Verbindlichkeit der Kenntniß des Nichtbestehens nicht gleichsteht. Ist freilich in der erkennbaren Absicht geleistet, daß es bei der Leistung verbleiben solle, auch wenn die Verbindlichkeit nicht bestehen möchte, so kann wegen des eventuellen Verzichtes auf den Erstattungsanspruch und im Hinblicke auf die Bestimmung in Abs. 1 (des § 737 des I. Entw., jetzt Abs. 1 des § 812) nicht kondicirt werden" (Mot. II S. 834).

2. Der besondere Beweis des Irrthums ist „aus Rücksichten der praktischen Angemessenheit und Zweckmäßigkeit" dem Kondicenten nicht auferlegt, vielmehr hat der Empfänger den die Zurückforderung ausschließenden Umstand zu beweisen, daß der Kondicent zur Zeit der Leistung von der Nicht-Existenz der Forderung Kenntniß gehabt habe; denn, wenn die betr. Leistung auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit erfolgt — was der Kondicent zu beweisen hat — so spricht die Vermuthung dafür, daß dies aus Irrthum geschehen sei. Vgl. Mot. II S. 833.

Dagegen gehört nach dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 166, 178, 181 sowie nach Franz. Recht (code civil art. 1376, 1377) der Nachweis des Irrthums zur Begründung des Anspruchs auf Rückerstattung der Leistung. Nach dem Sächs. B. G. B. § 1533 wird, wenn der Beklagte die Leistung leugnet, diese aber vom Kläger bewiesen wird, „das Nichtbestehen eines Rechtes auf die Leistung und Irrthum bei derselben so lange angenommen, bis der Beklagte das Gegentheil darthut; gesteht der Beklagte die Leistung zu, so hat der Kläger das Nichtbestehen des Rechtes auf dieselbe zu beweisen, der Irrthum wird bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen". — Im gem. Recht ist die Frage der Beweislast bezüglich des Irrthums streitig.

3. „Auf die Entschuldbarkeit des Irrthums sowie darauf, ob der Irrthum Thatsachen betraf oder ein Rechtsirrthum war, kommt es nicht an". Das Preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 166, 178, 181) und der code civil art. 1376, 1377 stehen auf demselben Standpunkte.

4. Der I. Entw. (vgl. Mot. II S. 832f.) wollte, indem er in seiner Vorliebe für streng-formale Consequenz einer unvollkommenen (unklagbaren) Obligation (obligatio naturalis) jede Wirkung versagte, die Rückforderung in der Regel (stillschweigend) auch dann zulassen, wenn durch die Leistung einer Anstands- oder Sittlichkeitspflicht genügt ist. Sehr mit Recht hat dagegen in diesen Fällen die Kommission für die 2. Lesung des Entw. (II § 739) dem sittlichen Moment im Rechte gemäß die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen (§ 813 Abs. 1), wie dies auch nach Preuß. Recht (a. a. O. § 178 Nr. 1) der Fall ist.

Die Motive zum I. Entw. (II S. 833) erachteten auch „kein Bedürfniß" dafür vorhanden, die Zurückforderung dessen für unzulässig zu erklären, was ein Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich (Akkord) mehr gezahlt hat, als er nach dem Akkorde zu zahlen hatte. Nach § 814 ist nun aber in einem solchen Falle die Zurückforderung ausgeschlossen, da der Gemeinschuldner auch nach Abschluß eines Zwangsvergleichs zur vollständigen Befriedigung der Konkursgläubiger moralisch verpflichtet bleibt.

§ 815. Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat.

1. Die Rückforderung ist nach § 815 ausgeschlossen, gleichviel ob der Eintritt der Erfüllung von vornherein thatsächlich oder juristisch unmöglich war. Ist diese Unmöglichkeit dem Leistenden bekannt gewesen, „so muß die Voraussetzung als nicht ernstlich oder wirklich gewollt betrachtet werden; zudem wird meist eine verschleierte Schenkung vorliegen" Mot. II S. 844.

2. Die Bestimmung des § 815 bezüglich der Verhinderung des Eintritts des bezweckten Erfolges schließt sich der Vorschrift an, welche im § 162 Abs. 2 für den Fall der Verhinderung einer Bedingung gegeben ist.

§ 816. Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt.

Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet.

Die dem materiellen Recht entsprechende, erst in die Regier.-Vorlage aufgenommene Bestimmung des § 816 ist von besonderer praktischer Bedeutung bei Entscheidung der in der jetzigen Praxis verschieden beantworteten Frage, ob dem Eigenthümer eines beim Schuldner gepfändeten und demnächst verkauften Gegenstandes — sofern er nicht gegen die Pfändung selbst Widerspruch erhoben hat (C. P. O. § 690) — gegen den Gläubiger ein Anspruch auf Rückerstattung des an diesen auf seine Forderung gezahlten und von ihm in gutem Glauben angenommenen Erlöses zusteht. Die Bejahung dieser Frage erscheint eigentlich selbstverständlich und so ist auch der in neuerer Zeit allerdings streitig gewordene Rechtszustand nach Preußischem Recht [1]; denn der Gläubiger hat doch Befriedigung nur von seinem

---

[1] Vgl. Urth. des R. G. vom 11. Februar 1882, Entsch. Bd. 6 S. 312ff., und vom 9. November 1880 in Gruchot's Beiträgen ꝛc. Bd. 25 S. 1014f., Nessel in diesen Beiträgen Bd.

Schuldner, nicht aber aus fremdem Vermögen zu verlangen, und der äußerliche, oft von Zufälligkeiten abhängige Umstand, daß ein Widerspruch gegen die dem Eigenthümer oft gar nicht rechtzeitig bekannt gewordene Pfändung nicht erfolgt ist, kann dem Zahlungsempfänger kein Recht geben, den betr. Auktionserlös auf Kosten des Eigenthümers der verkauften Sachen zu behalten. Die dem bisherigen Eigenthümer juristisch offengelassene Möglichkeit eines Entschädigungsanspruches gegen den durch die Berichtigung seiner Schuld bereicherten Schuldner ist bei dessen in solchen Fällen gewöhnlichen Mittellosigkeit praktisch ohne Bedeutung.

Für das gemeine Recht hat jedoch das Reichsgericht (in seinem Urtheil vom 6. Februar 1885, Entsch. Bd. 13 S. 172 ff.) im gedachten Falle einen Anspruch des bisherigen Eigenthümers der verkauften Sachen auf Rückerstattung des Erlöses verneint. Da diese Entscheidung nicht nur auf der Auslegung der betr. Stellen der Römischen Rechtsquellen, sondern auch auf andern Gründen beruht, so ist sie auch außerhalb des Geltungsbereichs des gemeinen Rechts nicht ohne Einfluß auf die Praxis geblieben.

Der I. Entwurf bestimmte in dieser Hinsicht in § 880, derjenige, der in Folge des gutgläubigen Erwerbs Seitens eines Dritten den Verlust eines Rechtes erleidet, könne von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, „die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern", und dieser Grundsatz war (im § 1182) in dem Fall entsprechend anwendbar erklärt, wenn eine bewegliche Sache als Pfand veräußert worden ist, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zustand. Letzteres ist aber der Fall, wenn nicht der Schuldner, sondern ein Dritter Eigenthümer der gepfändeten und zwangsweise verkauften Sachen war. Es ist hiernach schon vom Standpunkte des I. Entw. aus der befriedigte Gläubiger zur Herausgabe, bezw. zum Ersatze des ihm zur Berichtigung seiner Forderung gezahlten Pfanderlöses oder gepfändeten Geldes für verpflichtet erachtet worden [1]). Bei dieser Deduction wäre man aber nach der Fassung des cit. § 880 auf den Begriff: „Bereicherung" gekommen, und es hätte eine solche in juristisch-formaler Deduction verneint werden können [2]), wie dies in der That in dem erwähnten Urtheile des R. G. (a. a. O. S. 182) mit folgender Ausführung geschehen ist: „Durch die Tilgung der Schuld und die somit bewirkte Bereicherung des Schuldners ist die Annahme einer Bereicherung des Gläubigers ausgeschlossen. Dieselbe Zahlung kann nicht zugleich die Vermögen beider Theile vermehrt haben. Der Gläubiger ist nicht bereichert, weil er die Zahlung empfangen hat als Aequivalent für die Tilgung seiner Forderung, und ebenso kann ihm hiernach auch nicht der Vorwurf gemacht werden, daß er das Empfangene sine causa habe". — Zutreffend ist diese Deduction nicht. Im gedachten Falle hat vielmehr sowohl der Gläubiger durch Empfang seiner Forderung als auch der Schuldner durch die erfolgte Berichtigung seiner Schuld einen des Rechtsgrundes entbehrenden Vortheil und man kann doch auch nicht sagen, daß der Gläubiger, indem er sich seine Forderung bezahlen läßt, ein Aequivalent fortgiebt. Da aber der Begriff: „Bereicherung" im B. G. B. nicht näher bestimmt ist (vgl. Bemrk.

---

28 S. 89, Koffka im Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart Bd. 8 S. 161 ff.; — dagegen Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 148.

[1]) Diese Ansicht vertritt Falkmann in seiner Besprechung der Schrift von Dr. Frantz: Zur Lehre von der Executionsintervention, in der Zeitschrift für Deutschen Civilproceß von Busch, Bd. 14 S. 515. — Dr. Frantz hält vom Standpunkte des Rheinisch-Französ. Rechtes aus, aber im Wesentlichen aus (zutreffenden) Gründen allgemeiner Natur den Ersatzanspruch des Eigenthümers der verkauften Sachen für gerechtfertigt.

[2]) Hierauf hat der Verfasser dieses Kommentars bereits in seiner Schrift: Das Preuß. Allg. Landrecht und der Entw. des Deutschen B. G. B. (1890), S. 106 f. hingewiesen.

3 zu § 812), so würde die erwähnte Deduction, wenn es bei der Fassung des § 880 des I. Entw. verblieben wäre, auch jetzt nach dem B. G. B. nicht grabezu ausgeschlossen sein.

In dem mit an die Stelle des § 880 des I. Entw. getretenen § 816 ist nun aber der Begriff: (erlangte) „Bereicherung" sehr erwünschter Weise fortgelassen und einfach in den dort gedachten Fällen die Herausgabe des Erlangten vorgeschrieben. Damit ist es also außer Zweifel gestellt, daß der Gäubiger dasjenige, was er nicht von seinem Schuldner, sondern aus dem Erlöse fremder gepfändeter Sachen oder als gepfändetes fremdes Geld wenn auch in gutem Glauben „erlangt" hat, dem bisherigen Eigenthümer der gepfändeten Sachen herauszugeben, bezw. zu erstatten hat. Befand der Gläubiger sich nicht in gutem Glauben, so ist er dem dritten Eigenthümer der gepfändeten Sachen zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 817. War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

Die Vorschrift des § 817 entspricht dem bisherigen Rechtszustande und ergiebt sich aus dem Wesen des Rechts als sittlicher Lebensordnung. — Vgl. §§ 134, 138.

Nach Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 16 §§ 205, 206, 209 kann nur der Fiskus das zu einem unerlaubten Zwecke Gegebene zurückfordern, ebenso auch das zu einem unehrbaren Zwecke Gegebene, „sobald dieser Zweck und das Verwerfliche desselben auch dem Empfänger bekannt war"; der gutgläubige Empfänger kann das Empfangene behalten.

Vgl. § 656 und die Bemrk. dazu.

§ 818. Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen, sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt.

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich, oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außer Stande, so hat er den Werth zu ersetzen.

Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Werthes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 §§ 265—267, 273, 274 berücksichtigt den Wegfall der Bereicherung im Allgemeinen nicht, bestimmt vielmehr betreffs der dem Bereicherungsanspruch entsprechenden Forderungen aus „nützlichen Verwendungen", daß alles, „was Jemand, der über sein Vermögen frei verfügen kann, an Geld oder Geldeswerth übernommen hat", „ohne ferneren Beweis für nützlich verwendet zu erachten" ist und daß die Verpflichtung zum Ersatze des „Uebernommenen" nicht überhaupt durch spätern Verlust desselben, sondern nur durch einen lediglich auf Zufall beruhenden Verlust beseitigt wird; ein Dispositionsunfähiger kann dagegen „zum Ersatze nur insofern angehalten werden, als er sich zur Zeit des

gerügten Anspruchs noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befindet".

Nach dem B. G. B. § 818 haftet dagegen der gutgläubige Empfänger nicht, wenn — was er allerdings zu beweisen hat — die Bereicherung bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs wieder weggefallen ist, gleichviel, ob der Grund in einem Zufalle oder in einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Handeln oder sonstigen Gebahren des Empfängers bestand" (Mot. II S. 836).

Von der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs an haftet der Empfänger wie ein schlechtgläubiger Empfänger gemäß §§ 292, 987 bis 990.

§ 819. Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfange oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntniß an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

Die Voraussetzungen der strengeren Haftung gemäß § 819 sind nach allgemeinen Grundsätzen Seitens des Klägers zu beweisen. (Mot. II S. 842.)

Vgl. §§ 292, 987—990.

§ 820. War mit der Leistung ein Erfolg bezweckt, dessen Eintritt nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, so ist der Empfänger, falls der Erfolg nicht eintritt, zur Herausgabe so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre. Das Gleiche gilt, wenn die Leistung aus einem Rechtsgrunde, dessen Wegfall nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde, erfolgt ist und der Rechtsgrund wegfällt.

Zinsen hat der Empfänger erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, in welchem er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten oder daß der Rechtsgrund weggefallen ist; zur Herausgabe von Nutzungen ist er insoweit nicht verpflichtet, als er zu dieser Zeit nicht mehr bereichert ist.

Der I. Entw. (§§ 742 f.) ging nach den Motiven (II S. 845) von der Auffassung aus, wenn eine Leistung unter der Voraussetzung des Eintritts oder Nicht-Eintritts eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges bewirkt sei, so dürfe der Empfänger, so lange er in gutem Glauben ist, von der Annahme ausgehen, die Voraussetzung werde sich erfüllen; er dürfe sich daher „als nicht verantwortlicher Eigenthümer des Empfangenen betrachten und danach seine Handlungsweise einrichten"; demgemäß sei er nur wie ein gutgläubiger Besitzer zur Herausgabe der Bereicherung für verpflichtet zu erklären.

Nach der 2. Lesung des Entw. (II § 744) geht das Gesetz (§ 820) nun mit Recht von dem entgegengesetzten Standpunkte aus, indem erwogen wurde, der Empfänger befinde sich in den in § 820 gedachten Fällen in derselben Lage, wie derjenige, der beim Eintritt einer Bedingung einen Gegenstand herauszugeben hat, oder wie derjenige, der einen Gegenstand unter Vorbehalt des Rücktritts erhalten hat, oder wie der Käufer, so lange die Möglichkeit der Wandelung oder des Rücktritts wegen Verzuges besteht; er müsse auf die

Rückgabe des Empfangenen gefaßt sein und deshalb zur Anwendung ordnungsmäßiger Sorgfalt Behufs Erhaltung des Empfangenen verpflichtet werden. Reatz I S. 377 f.

§ 821. Wer ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, kann die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist.

Die Vorschrift des § 821 ist erst in den II. Entw. (§ 745) aufgenommen worden. Sie enthält eine dem materiellen Recht entsprechende Ausnahme von dem im B. G. B. angenommenen Grundsatze, daß mit der Vollendung der Verjährung nicht nur die betr. Klage, sondern auch die Einrede erlischt. Vgl. Bemrk. zu § 478 und Bemrk. 3 zu § 490; — s. auch § 853.

§ 822. Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit in Folge dessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.

Die erst in die Regier.-Vorlage (§ 806) aufgenommene Vorschrift des § 822 entspricht dem Grundsatze des Preuß. Rechts, daß der Anspruch aus der nützlichen Verwendung nicht dadurch unbedingt ausgeschlossen wird, daß die Verwendung aus dem Vermögen des Klägers in den Nutzen des Beklagten durch das Rechtsgeschäft eines Dritten vermittelt worden ist. Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält die Bestimmung des Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 13 § 276, wonach der Dritte, der eine durch die Verwendung eines Andern verbesserte Sache unentgeltlich erworben hat, für die Verwendung insoweit haftet, als „der dadurch bewerkstelligte Vortheil" zur Zeit der Erwerbung „noch wirklich vorhanden war".

Nach Preuß. Recht ist ein Anspruch aus der nützlichen Verwendung (Bereicherung), insbesondere auch dann statthaft, wenn Jemand durch ein in eigenem Namen abgeschlossenes Rechtsgeschäft (Kauf ꝛc.) im Interesse eines Dritten Anschaffungen macht und diese dem Dritten unentgeltlich zuwendet, wenn z. B. ein Verwandter (Vater, Stiefvater ꝛc.) für das Grundstück eines Verwandten oder ein Ehemann für das von ihm verwaltete Besitzthum seiner mit ihm in getrennten Gütern lebenden Ehefrau Anschaffungen macht und der Verkäufer vom Käufer oder aus dessen Nachlaß wegen Insolvenz den Kaufpreis nicht erlangen kann [1]).

Das B. G. B. geht nicht so weit. Es gewährt in § 822 einen Anspruch gegen den Dritten nur, soweit in Folge der an ihn unentgeltlich bewirkten Zuwendung die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, wenn also der Empfänger in gutem Glauben gehandelt hat (§ 818) und ein rechtsgültiges Vertragsverhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger nicht besteht.

Fünfundzwanzigster Titel.

Unerlaubte Handlungen.

§ 823. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines An-

---

[1]) Vgl. die Urtheile des R. G. vom 14. Januar und 3. Februar 1880, Entsch. Bd. 1 S. 143 ff., 159 ff.

deren widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

1. Bezüglich der eine Schadensersatzpflicht begründenden unerlaubten „widerrechtlichen" Handlungen unterschied der I. Entwurf (§ 704) zwischen Handlungen gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot und Verletzungen des Rechtes eines Anderen. Hiernach bestimmte § 704 des I. Entwurfs:

> Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung — Thun oder Unterlassen — einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.
>
> Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen.

Nach den Motiven (II S. 747, 748) sollte aber die Vorschrift des § 704 Abs. 2 sich nur auf die Verletzung absoluter Rechte beziehen, also nicht auch auf die Verletzung nur obligatorischer Rechte. Es sollte hiernach z. B. der Pächter eines Grundstücks bei Beschädigung der nach dem B. G. B. im Eigenthum des Verpächters verbleibenden noch nicht getrennten bezw. ungeernteten Früchte einen selbstständigen Entschädigungsanspruch nur dann haben, wenn die Voraussetzungen des § 704 Abs. 1 vorliegen, wenn also ein Handeln gegen ein Verbotsgesetz (vgl. St. G. B. §§ 303—324) stattfand und der Beschädiger den Schaden des Pächters voraussah oder voraussehen mußte, namentlich überhaupt wußte oder wissen mußte, daß das Grundstück verpachtet war. (Vgl. Mot. a. a. O.)

Das B. G. B. (§ 823) hat die Unterscheidung zwischen Rechtsverletzungen und Gesetzesverletzungen beibehalten, beide Fälle aber insofern gleich behandelt, als auch bei Gesetzesverletzungen nicht vorausgesetzt wird, daß der Beschädiger die Entstehung des Schadens vorausgesehen hat oder voraussehen mußte. Eine hierauf gegründete verschiedene Behandlung beider Fälle erschien mit Recht innerlich nicht gerechtfertigt und unzweckmäßig, zumal da beide Fälle häufig in einander übergehen werden. (v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 796.)

2. Bei der Berathung der Grundsätze über die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ging die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs von folgenden Erwägungen aus:

Die Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen gehörten zu denjenigen, welche dazu bestimmt seien, die Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb deren sie ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen, gegen einander abzugrenzen; der Rechtskreis des Einzelnen umfasse zunächst seine eigentlichen Vermögensrechte, dingliche wie obligatorische, ferner seine sogen. Persönlichkeitsrechte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, Ehre), diese seien durch das an

Jedermann gerichtete Verbot eines Eingriffs ebenso geschützt, wie die Rechte an Sachen; die Rechtskreise seien aber auch noch in der Weise von einander abgegrenzt, daß das Gesetz dem Einen im Interesse eines Andern gewisse Pflichten auferlege, ihm ein gewisses Verhalten gebiete oder verbiete; dabei könnten jedoch nur solche Gebote und Verbote in Betracht kommen, welche darauf abzielten, die Interessen des Einen vor der Beeinträchtigung durch den Anderen zu bewahren, nicht dagegen die im Interesse der Gesammtheit auferlegten gesetzlichen Pflichten, welche, weil sie den Interessen Aller förderlich seien, auch jedem irgendwie Betheiligten zu Gute kämen. Als Beispiele für Vorschriften der letztern Art wurden angeführt: das Verbot, Waarenempfehlungskarten und andere Drucksachen dem Papiergeld ähnlich herzustellen, sowie das Gebot des Raupens (St. G. B. § 360 Nr. 6 und § 368 Nr. 2), während andererseits das Verbot der unbefugten Eröffnung eines verschlossenen Briefes als Beispiel eines nur zum Schutze eines Andern (des Brief-Empfängers und Absenders) bestimmt bezeichnet wurden. (Reatz I S. 379.)

Hiernach ist im II. Entwurf bei Gesetzesverletzungen eine Schadensersatzpflicht nur dann statuirt worden, wenn das verletzte Gesetz nicht im allgemeinen Interesse erlassen ist, sondern den Schutz bestimmter einzelner Interessenten bezweckt. Ob dies der Fall ist, darüber würde vom Richter durch Auslegung des Gesetzes im concreten Falle zu entscheiden sein. Es würde dies, wie auch in der Kommission für die 2. Lesung des Entw. anerkannt wurde, „oft Schwierigkeiten verursachen" (v. Jecklin a. a. O. S. 796). Eine feste gesetzliche Grundlage würde hiernach in vielen Fällen sehr zu vermissen sein. Die Auffassung der Kommission für den II. Entwurf ist aber, wenn auch der Wortlaut der von ihr formulirten Bestimmung nicht geändert worden ist, doch nach den Berathungen der R. T.-Kommission nicht als die dem Gesetz entsprechende zu erachten.

In der R. T.-Kommission (Bericht S. 59) wurde nämlich die Aufnahme folgender Vorschrift mit Bezug auf ähnliche Bestimmungen des Französischen und Schweizerischen Rechts beantragt:

> Wer ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, muß für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre, sofern die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf.

Seitens der Regier.-Vertreter wurde der Antrag als viel zu weitgehend bezeichnet; nach § 807 (jetzt § 823) Abs. 2 sei derjenige schadensersatzpflichtig, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt; selbstverständlich sei es nun, daß ein Gesetz, welches die Gesammtheit schützen solle, auch den Einzelnen schütze, und daß also die Verletzung eines solchen Gesetzes bereits nach § 807 (jetzt § 823) Abs. 2 schadensersatzpflichtig mache; insoweit sei also die beantragte Bestimmung nicht nothwendig; äußerst bedenklich sei aber die Ausdehnung der Schadensersatzpflicht auf Fälle, wo das Gesetz mit dem Schutze des Verletzten nicht das Geringste zu thun habe; es könne z. B. ein Wirth, der nach der Polizeistunde zwei Gäste zugelassen habe, doch nicht, wenn der eine Gast den andern bestiehlt, dafür haftbar gemacht werden, weil ohne Uebertretung der Polizeistunde der Diebstahl nicht erfolgt wäre; es könne ferner doch nicht Schadensersatz deshalb verlangt werden, weil Jemand das Gesetz über die Sonntagsruhe verletzt habe und nun in Folge der damals vorgenommenen Handlungen, aber ohne jedes Verschulden Schaden eingetreten sei; zu weit gehe der Antrag ferner, indem er nicht nur dem unmittelbar Geschädigten, zu dessen Schutz das Gesetz bestimmt sei, sondern auch dritten nur mittelbar interessirten Personen einen Anspruch zubilligen wolle; sei ein Violinspieler in Folge davon gefallen, daß

vor einem Hause die nach einer Polizeiverordnung nothwendige Streuung unterlassen war, so habe der Violinspieler nach § 807 (jetzt 823) Abs. 2 einen Schadensersatzanspruch, während der gestellte Antrag auch allen unmittelbar geschädigten Personen Schadensersatz gewähren wolle, so dem Wirth, für dessen Lokal der Violinspieler ein Konzert zugesagt habe, dem Garderobier und vielen anderen Personen; der Antrag führe also zu einer kaum übersehbaren Rechtsunsicherheit.

Der Antrag wurde hierauf „mit großer Majorität" abgelehnt.

Bezüglich der erwähnten Ausführungen der Regier.-Vertreter in der R. T. Kommission ist zuvörderst zu beachten, daß dieselben mit den Worten in § 823 Abs. 2: „ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz" eine andere Bedeutung verbunden haben, als die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs. Die Kommission unterschied, wie oben erwähnt, ausdrücklich zwischen den im Interesse der Gesammtheit ergangenen Bestimmungen, aus deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht nicht sollte hergeleitet werden können, und den zum Schutze des Einen gegen den Andern bestimmten Gesetzen. Seitens der Regier.-Vertreter wurde es dagegen als „selbstverständlich" bezeichnet, daß ein Gesetz, welches die Gesammtheit schützen soll, auch den Einzelnen schütze und somit (auch) die Verletzung eines solchen Gesetzes nach § 807, jetzt 823, Abs. 2 eine Schadensersatzpflicht begründe. In den Ausführungen der Regier.-Vertreter war also die Vorschrift des § 813 Abs. 2 auf alle eine Schadensverhütung bezweckenden Gesetze bezogen, mit der Maßgabe, daß nur der durch die Verletzung eines solchen Gesetzes unmittelbar Geschädigte Ersatz beanspruchen könne.

Die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs ging dagegen von dem Grundsatze aus, der Rechtskreis der Einzelnen sei durch die Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen zu schützen, ein individuelles Recht stehe aber dem Einzelnen nicht schon auf Grund von Gesetzen zu, welche im Interesse der Gesammtheit (im öffentlichen Interesse) erlassen seien. Im II. Entwurf waren hiernach die unerlaubten Handlungen in Abweichung vom bisherigen Recht nicht aufgefaßt als Verletzung der Rechtsordnung, des Rechts im objektiven Sinne, sondern als Eingriff in die Rechtskreise eines oder mehrerer Einzelner, als Verletzung des einem Andern zustehenden Rechts im subjektiven Sinne.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 10—12 geht dagegen von dem allgemeinen Grundsatz aus, daß jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt oder „eine dem Andern schuldige Pflicht" verletzt, demselben zum Ersatze des Schadens verpflichtet sei. Den gleichen allgemeinen Grundsatz stellt auch das Sächs. B. G. B. (§§ 1483 ff.) und das Französ. Recht (code civil art. 1382, 1383) auf, das letztere allerdings ohne die im Preuß. und Sächs. Rechte für einzelne unerlaubte Handlungen gegebenen speciellen Bestimmungen.

Das Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 25, 26 bestimmt ferner, wer „in der Ausübung einer unerlaubten Handlung sich befunden hat", der habe „die Vermuthung wider sich, daß ein bei solcher Gelegenheit entstandener Schade durch seine Schuld sei verursacht worden"; insbesondere müsse „der, welcher ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können", ebenso haften, „als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre".

Dieser Bestimmung entspricht in gewisser Hinsicht die Vorschrift des § 823 Abs. 2 des B. G. B.

Die Auffassung dieser Vorschrift, welche von den Regier.-Vertretern in der R. T.-Kommission geltend gemacht worden ist, ist mit dem Wortlaute des Gesetzes sehr wohl vereinbar und sie entspricht auch dem materiellen Recht. Ein Widerspruch gegen diese Auffassung ist in der R. T. Kommission, wenigstens soweit der betreffende Bericht ergiebt, nicht erklärt

worden, ebenso auch nicht im Reichstage. Die abweichende Bedeutung, welche die Kommission für die 2. Lesung des Entw. der von ihr formulirten Bestimmung beilegte, ist hiernach nicht mehr für die Auslegung des Gesetzes für maßgebend zu erachten. Demzufolge ist anzunehmen, daß nach § 823 Abs. 2 des B. G. B. derjenige, der gegen ein überhaupt Schadensverhütung bezweckendes Gesetz verstößt, dem dadurch unmittelbar Verletzten zum Ersatz seines Schadens verpflichtet ist[1]).

3. Im I. Entwurf (§ 704) war, wie oben erwähnt, für die Verletzung obligatorischer Rechte ein Schadensersatzanspruch nicht ohne weiteres gewährt, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 704 Abs. 1. In den Berathungen der Kommission für den II. Entwurf wurde dagegen, wie oben erwähnt, geltend gemacht, der durch die Vorschriften bezüglich der unerlaubten Handlungen zu schützende Rechtskreis umfasse zunächst die dinglichen und obligatorischen Vermögensrechte, und dieser Auffassung entspricht auch die allgemein gehaltene Fassung des § 823 (Abs. 1: „oder ein sonstiges Recht"). — Es ist also auch den nur obligatorisch Berechtigten ein selbstständiger Schutz gegen Beeinträchtigung ihrer Rechte durch andere Personen als den Schuldner gewährt worden[2]).

4. Der I. Entwurf verpflichtete den Beschädiger auch zum Ersatze des nur mittelbar verursachten Schadens nach Maßgabe des dortigen § 704 Abs. 1, d. h. wenn er die Entstehung des Schadens voraussehen konnte oder voraussehen mußte. Demgemäß war im I. Entwurf (§ 725) dem Versicherer, bei welchem ein Getödteter versichert war, ein Anspruch gegen den Thäter auf Ersatz des Schadens gewährt, den er dadurch erleidet, daß er die Versicherungssumme früher als nach der muthmaßlichen Lebensdauer des Getödteten (unter Verlust der hiernach berechneten Prämie) bezahlen muß; aber der Schuldige war zum Ersatze dieses Schadens nur „nach Maßgabe des § 704 Abs. 1" für verpflichtet erklärt, d. h. wenn der Thäter, wie die Motive II S. 728 bemerken, „jenen Erfolg seiner Handlung vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, wenn er also vor Allem wußte oder wissen mußte, daß der Getödtete sein Leben versichert hatte (§ 725)".

Nach den in der 2. Lesung des Entwurfs gefaßten Beschlüssen ist dagegen vom B. G. B. ein Schadensersatzanspruch der mittelbar Geschädigten grundsätzlich — abgesehen von den in §§ 844 und 845 statuirten Ausnahmen — nicht anerkannt worden. Es ist demgemäß auch der erwähnte § 725 des I. Entw. gestrichen worden.

Das B. G. B. weicht hiernach in praktisch sehr erheblicher Weise vom bisherigen Recht ab. Wenn z. B. Jemand vorsätzlich oder durch Fahrlässigkeit einen Brand verursacht hat, so haftet er nach bisher. Recht nicht nur dem Eigenthümer der durch den Brand zerstörten oder beschädigten Sachen, sondern auch dritten indirekt Geschädigten, z. B. der Versicherungsgesellschaft, welche für diese Sachen Brandentschädigungsgelder an die Versicherten zu zahlen hatte. Nach jetzigem Recht würde ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht werden können. — Wenn ferner z. B. ein Taxator eine von ihm für eine Erbtheilung oder anderweite Auseinandersetzung oder Zwecks einer Feuerversicherung ꝛc. erforderte Grundstückstaxe vorsätzlich oder aus grobem oder mäßigem Versehen unrichtig anfertigt und die Taxe demnächst vom betr. Grundbesitzer zur Aufnahme eines hypothekarischen Darlehns benutzt wird, so haftet nach jetzigem Recht[3]), nicht aber nach dem B. G. B., der Taxator für den mittelbaren Schaden,

---

[1]) Besonders glücklich formulirt ist allerdings § 823 nicht. Eigenthümlich berührt insbesondere die Fassung, daß, wer das Leben eines Anderen verletzt, d. h. ihn tödtet, diesem Anderen (dem Getödteten) zum Schadensersatz verpflichtet sein soll.

[2]) Schollmeyer (a. a. O. S. 109 f.) meint dagegen, ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung obligatorischer Rechte sei nur in den Fällen der §§ 844 und 845 statuirt.

[3]) Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 10, 12, 15, Tit. 3 §§ 22, 23. — Sächs. B. G. B. § 1508.

den der Darlehnsgeber, der im Vertrauen auf die Taxe sein Geld hergegeben hat, in Folge davon, daß die Taxe zu hoch war, etwa bei einer Subhastation des Grundstücks erleidet[1]). Es zeigt sich hier eine Rückwirkung der Auffassung der Motive (II S. 727), daß der Vorsatz bezw. die Fahrlässigkeit gerade auf die Schadenszufügung, betreffs deren Ersatz verlangt wird, sich beziehen müsse, um eine Ersatzpflicht für begründet zu halten.

5. Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen tritt grundsätzlich nur ein gegen den, der den Schaden verschuldet, nicht ihn nur veranlaßt hat. Ein konkurrirendes Verschulden des Beschädigten ist hierbei aber gemäß § 254 zu berücksichtigen. Ausnahmen vom Verschuldungs-Prinzip statuirt das B. G. B. in den §§ 829, 833 und 835. Es sollen ferner durch praktisch sehr erhebliche und erwünschte Zusatzbestimmungen zur C. P. O. (§§ 274, 563 Abs. 2, 655 Abs. 2 und 822a) ohne weiteres zum Ersatz des etwaigen Schadens verpflichtet erklärt werden a) diejenigen, die ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes oder unter Vorbehalt der Entscheidung über eine vom Beklagten geltend gemachte Aufrechnung ergangenes, späterhin aufgehobenes oder abgeändertes Urtheil haben vollstrecken lassen, ferner b) diejenigen, welche die Anordnung eines späterhin als ungerechtfertigt aufgehobenen Arrestes oder einer solchen einstweiligen Verfügung verwirkt haben. Ferner soll derjenige, der für eine Partei im Processe als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als nicht legitimirter Bevollmächtigter auftritt, wenn zur Zeit der Erlassung des Endurtheils die Genehmigung nicht beigebracht ist, zur Erstattung der dem Gegner durch seine einstweilige Zulassung zur Proceßführung verursachten Kosten und Schäden für verpflichtet erklärt werden. (C. P. O. § 85.)

6. Der I. Entw. § 706 enthielt die Bestimmung:

> Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu.

Diese Bestimmung ist in der 2. Lesung des Entw. gestrichen worden, weil sie in ihrer Allgemeinheit unrichtig, insoweit aber selbstverständlich sei, als die Handlung durch die Einwilligung den Character der Widerrechtlichkeit verliere. (Reatz I S. 381.) Die Mehrheit der Kommission für den II. Entw. hat hiernach auch angenommen — und diese Ansicht ist für zutreffend zu erachten —, daß bei einer mit Einwilligung des Getödteten oder Verletzten erfolgten Tödtung oder Körperverletzung eine Schadensersatzpflicht des Thäters sowohl dem Verletzten als den sonst ersatzberechtigten Dritten gegenüber eintrete. (v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 818.)

7. In den II. Entw. (§ 746 Abs. 2) war zunächst die Bestimmung aufgenommen worden:

> Die Schadensersatzpflicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die schädigende Handlung im Nothstande begangen worden ist.

Die Bestimmung ist späterhin gestrichen worden, und zwar als überflüssig mit Rücksicht auf § 904, wonach der Eigenthümer einer im Nothstande in Anspruch genommenen Sache Ersatz des ihm dadurch entstehenden Schadens verlangen kann. Vgl v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 796.

8. Die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen und über die Buße (vgl. St. G. B. §§ 188, 231) bleiben nach Art. 32 des Einf.-Ges. unberührt. Vgl. auch Art. 42 des Einf.-Ges. und bezüglich der unberührt bleibenden landesgesetzlichen Vorschriften über Schadensersatz Art. 105—108 des Einf.-Ges.

---

[1]) Unberührt bleiben allerdings nach Art. 79 des Einf.-Ges. die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach (wie insbesondere in Bayern) die zur amtlichen Feststellung des Werthes von Grundstücken bestellten Sachverständigen für den aus einer Verletzung ihrer Berufspflichten entstandenen Schaden in weiterem Umfange als nach dem B. G. B. haften.

§ 824. Wer der Wahrheit zuwider eine Thatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem Anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.

Durch eine Mittheilung, deren Unwahrheit dem Mittheilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mittheilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.

1. Die §§ 824—826 betreffen Fälle, für welche der in § 823 aufgestellte allgemeine Grundsatz nicht ausreicht, da es sich hier nicht um eine Rechts- und Gesetzesverletzung im Sinne jenes Grundsatzes handelt.

2. Der § 824 bezieht sich insbesondere auf die fahrlässige Kreditgefährdung, indem nach § 187 des St. G. B. eine gemäß § 823 auch eine Schadensersatzpflicht begründende Strafbarkeit der Behauptung einer zur Gefährdung des Kredits eines Andern geeigneten unwahren Thatsache nur dann eintritt, wenn die Behauptung wider besseres Wissen erfolgt ist. Der fahrlässigen Kreditgefährdung ist die Behauptung oder Verbreitung einer Thatsache gleichgestellt, welche sonstige Nachtheile für den Erwerb oder das Fortkommen des Andern herbeizuführen geeignet sind.

Wo es sich um ein berechtigtes Interesse an der betr. Mittheilung handelt, z. B. beim Geschäftsbetriebe der Auskunftsbureaux, da gewährt § 824 mehr als genügenden Schutz, da selbst eine in grob fahrlässiger Weise erfolgte unwahre Mittheilung den Interessenten nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 825. Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die Bestimmung ist von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. (§ 748 a) beschlossen worden, war hier aber auf die Verführung „durch Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe" beschränkt. Statt dieser Worte sind von der R. T. Kommission (Bericht S. 57, 58) die Worte: „durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses" gesetzt worden. — Betreffs der Entbindungs- ꝛc. Kosten vgl. § 1700.

Bezüglich des Deflorationsanspruchs der unbescholtenen Verlobten vgl. § 1300.

§ 826. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Nach dem II. Entw. (§ 749) und nach der Regier.-Vorlage (§ 810) lautete die Bestimmung, wie folgt:

> Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Die betr. Bestimmung des I. Entw. (§ 705) lautete dahin:

> Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt.

Die Bestimmung des I. Entw. bezog sich nicht nur, wie § 826, auf vorsätzliches, sondern auch auf fahrlässiges Handeln. Ferner gewährte der I. Entw. in beschränkter Weise (vgl. Bemrk. 4 zu § 823) auch dem mittelbar Geschädigten, nicht nur, wie § 826, dem unmittelbar Geschädigten einen Entschädigungsanspruch. Darin aber stimmten der I. und II. Entw., sowie die Regier.-Vorlage überein, daß, wer ein besonderes Recht ausübe, immer haftfrei sein sollte, „auch wenn er aus Chicane handelt" (Mot. II S. 727); es sollte also der Mißbrauch (die chicanöse Ausübung) besonderer Rechte erlaubt und nur der Mißbrauch der allgemeinen Freiheit verboten sein.

Von der R. T. Kommission (Bericht S. 58) sind die Worte: „durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt" sehr mit Recht gestrichen worden, und zwar auf Grund der Erwägung, daß es nicht gebilligt werden könne, wenn Jemand selbst in der Ausübung eines formalen Rechts einem Anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt. — Vgl. § 226 (Chicane-Verbot). — Die Bestimmung des § 826 bildet insbesondere einen Ersatz für die gemeinrechtliche Klage wegen Arglist (actio doli).

§ 827. Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist.

1. Der I. Entw. enthielt auch noch die Bestimmung (§ 707):

> Ist die beschädigende Handlung von demjenigen, welcher sie begangen hat, aus entschuldbarem Irrthume für erlaubt gehalten worden, so ist derselbe zum Schadensersatze nicht verpflichtet.

In der 2. Lesung des Entw. ist diese Bestimmung als selbstverständliche Folgerung aus dem angenommenen Verschuldungsprinzipe gestrichen worden. (Reatz I S. 381, v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 798 f.)

2. Wer sich in den Zustand der Trunkenheit oder in die ihr (nach dem II. Entw. § 750) gleichgestellten Zustände versetzt hat, erscheint von vornherein als fahrlässiger Thäter; ihm liegt daher der Beweis dafür ob, daß er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist. Demgemäß gehört die Behauptung, daß der Thäter seine Trunkenheit rc. verschuldet habe, nicht zur Begründung der betr. Schadensersatz-Klage.

Eine dem § 827 Satz 2 entsprechende Vorschrift enthält auch das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 § 40; danach muß, „wer sich selbst in einen vorübergehenden Zustand, in welchem er seiner Sinne nicht mächtig ist, versetzt hat", auch „den in diesem Zustande unwillkürlich verursachten Schaden ersetzen". Eine inhaltlich gleiche Bestimmung enthält das Sächs. B. G. B. § 120.

§ 828. Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich.

Wer das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntniß

der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Das Gleiche gilt von einem Taubstummen.

Die Vorschrift, daß die — nach § 104 Nr. 1 geschäftsunfähigen — Kinder unter 7 Jahren für die von ihnen begangenen unerlaubten Handlungen nicht verantwortlich sind, entspricht dem bisher. Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 § 41, Sächs. B. G. B. §§ 47, 81, 119. — „Die Untersuchung, ob ein Kind in concreto doch die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besessen habe, ist ausgeschlossen" (Mot. II S. 733).

Bei Personen von sieben bis achtzehn Jahren ist die Zurechnungsfähigkeit im concreten Falle festzustellen, also vom Beschädigten zu beweisen. Vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 799, 800. — André, Bemrk. zu § 828 in d. Ausg. des B. G. B. von Achilles.

Die Ausdehnung der Vorschrift des § 828 Abs. 2 auf Taubstumme ist in der 2. Lesung des Entw. (II § 751 Abs. 2) erfolgt.

§ 829. Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf.

Die im Anschluß an das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 41—44 statuirte subsidiäre und beschränkte Schadensersatzpflicht Unzurechnungsfähiger ist in der 2. Lesung des Entw. (II § 752 Abs. 2) beschlossen worden.

Die Kommission für den II. Entw. wollte aber auch (II § 752 Abs. 1) überhaupt denjenigen, dem Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, insoweit für schadensersatzpflichtig erklären, „als die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf". — Diese Bestimmung ist vom Bundesrath gestrichen worden. In der R. T. Kommission (Bericht S. 58, 59) wurde die Wiederaufnahme derselben beantragt, indem dabei geltend gemacht wurde, die Beschränkung der Bestimmung des § 829 (Regier.-Entw. § 813) auf die Haftung Unzurechnungsfähiger sei innerlich nicht gerechtfertigt; Sitte und Anstandsgefühl forderten, daß ein wohlhabender Mann, der, wenn auch ohne eigenes Verschulden einen Bedürftigen verletzt, z. B. überfahren habe, demselben Ersatz leiste, und was Sitte und Anstand erfordern, müsse im Gesetze selbst Ausdruck finden. Seitens der Regier.-Vertreter wurde hiergegen geltend gemacht, die Annahme des Antrags würde eine nicht unbedenkliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben; die Frage, wann denn die Billigkeit in Fällen der erwähnten Art eine Entschädigung fordere, sei völlig unbestimmt und unbestimmbar; auch die Frage, welchen Einfluß die Verschiedenheit des Vermögens haben solle, sei so ungewiß, daß sich nicht einmal eine konstante Praxis bezüglich derselben werde bilden können.

Der Antrag wurde darauf „mit geringer Mehrheit" abgelehnt, ebenso auch ein zweiter Antrag, der, weniger weitgehend, die Bestimmung des § 828 auf die Fälle ausdehnen wollte, in denen der Thäter die beschädigende Handlung „aus entschuldbarem Irrthum" für erlaubt gehalten hat.

§ 830. Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Betheiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich.

Die Bestimmung entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 29—32, Sächs. B. G. B. §§ 777, 778, 1495.

Die Vorschrift des § 830 Abs. 2 Satz 2 ist namentlich von praktischer Bedeutung bei Tödtung oder Körperverletzung bei einer Schlägerei. (Mot. II S. 738.)

§ 831. Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

1. In Uebereinstimmung mit dem gemeinen und Preußischen Recht geht das B. G. B. von dem Grundsatze aus, daß der Geschäftsherr für die unerlaubten Handlungen seiner Angestellten und Gehülfen nur unter der Voraussetzung eines ihm selbst zur Last fallenden Verschuldens verantwortlich sei. Eine viel strengere Haftung gilt nach Französ. Recht, indem dasselbe (code civil art. 1384) die Geschäftsherrn (les maîtres et les commettans) ohne weiteres für den Schaden für haftbar erklärt, der durch ihre Dienstleute und Angestellten (domestiques et préposés) in den ihnen anvertrauten Geschäften verursacht worden ist. Im Französisch-Badischen Recht (Landrechtssatz 1384 Abs. 5) ist diese Bestimmung dadurch gemildert, daß der Geschäftsherr sich von der erwähnten Haftung durch den Nachweis befreien kann, daß er die That, welche den Schaden verursacht hat, nicht verhindern konnte.

Das Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 60 f., 65 bestimmt in seiner eingehenden Weise zuvörderst, daß die Dienstherrschaft für den von ihren Dienstboten zugefügten Schaden, Handwerksmeister für den von ihren Gesellen und Lehrlingen zugefügten Schaden nur verantwortlich sind, wenn sie die Schadenszufügung wissentlich geschehen ließen oder Personen, welche „durch einen überwiegenden Hang zu groben Lastern, durch einen hohen Grad von Blödsinn oder Schwermuth oder durch ansteckende Krankheiten Andern gefährlich werden" können, in Dienst nehmen oder darin behalten oder wissentlich eine untüchtige Person zu einem Geschäfte bestellen, bei dessen Ausrichtung einem Dritten durch die Untüchtigkeit des Dienstboten zc. ein Schaden zugefügt wird. — Nach dem Sächs. B. G. B. (§ 779) ist „derjenige, welcher die verletzende Handlung eines Anderen hindern konnte und dies ungeachtet einer besonderen Verpflichtung hierzu versäumte", für die Folgen verhaftet.

Der I. Entw. (§§ 711, 712) erklärte den Geschäftsherrn für haftbar für ein bei der Auswahl der bestellten Personen oder bei deren Beaufsichtigung begangenes Versehen (culpa in eligendo und in custodiendo). Das B. G. B. hat dagegen dem Geschäftsherrn die Be-

weislast dafür auferlegt, daß ihn ein Verschulden nicht treffe[1]). Damit ist die Rechtslage des Geschäftsherrn im Vergleich mit dem gemeinen und Preußischen Rechte nicht unerheblich erschwert. Dies gilt insbesondere auch von der Haftung der Dienstherrschaften für die von ihrem Gesinde begangenen unerlaubten Handlungen; denn nach Art. 95 des Einf.-Ges. findet § 831 auch auf die Haftung der Dienstherrschaften Anwendung.

2. Die Haftung der Geschäftsherrn erstreckt sich nur auf den „in Ausführung der Verrichtung" von den Angestellten einem Dritten zugefügten Schaden; „die Auferlegung der Haftung für die bei den Verrichtungen oder bei Gelegenheit derselben begangenen unerlaubten Handlungen" erschien zu weitgehend. (Mot. II S. 736.)

Es wird allerdings die Frage oft schwer zu entscheiden sein, ob der Schaden in oder bei Ausführung der Verrichtung zugefügt worden ist. Wenn z. B. Arbeiter während der Arbeit in Streit gerathen, so wird der Arbeitgeber für die dabei dem einen oder andern der Streitenden zugefügte Verletzung nicht für schadensersatzpflichtig zu erachten sein, da hier die Schadenszufügung nicht in, sondern bei, bezw. bei Gelegenheit der Arbeitsverrichtung erfolgt ist. In solchen und ähnlichen Fällen, so z. B. wenn ein Arbeiter den andern im gemeinsamen Arbeitsraum bestiehlt, steht die schädigende Handlung mit der Arbeitsausführung in gar keinem Zusammenhange. Andererseits wird die Haftung des Geschäftsherrn oft unzweifelhaft sein, so z. B. wenn ein Kutscher durch unvorsichtiges oder ungeschicktes Fahren Schaden verursacht und der Dienstherr nicht nachweisen kann, daß er bei der Auswahl des Kutschers die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Vielfach wird aber der Fall so liegen, daß das Verhalten des Arbeiters bei der ihm übertragenen Arbeit einen Schaden herbeiführt, während es zweifelhaft ist, ob ein Handeln in oder bei der Arbeitsausführung vorliegt. Wenn z. B. ein Arbeiter mit dem Feuer oder Licht, welches er zur Arbeit gebraucht, unvorsichtig umgeht und dadurch einen Brand verursacht, so würde vom Geschäftsherrn gemäß § 831 Schadensersatz verlangt werden können. Wie aber, wenn der Brand durch Rauchen des Arbeiters während der Arbeit[2]) oder durch Unvorsichtigkeit während einer Arbeitspause, etwa beim Mittagessen-Kochen von Waldarbeitern verursacht worden ist? — Wie casuistisch und damit unsicher und unberechenbar sich hier die gerichtliche Praxis gestalten kann, das hat die Praxis der Französ. Gerichte bei Anwendung des dem § 831 entsprechenden (allerdings, wie erwähnt, den Entlastungsbeweis Seitens des Geschäftsherrn ausschließenden) Art. 1384 des code civil gezeigt[3]). Im Preuß. Recht hat sich eine solche Casuistik nicht herausbilden können, weil hier, wie oben erwähnt, der Geschäftsherr auch für den von seinen Angestellten ꝛc. „bei der Ausrichtung" des Auftrags ꝛc. verursachten Schaden verantwortlich ist, wenn ihm eigenes Verschulden nachgewiesen werden kann, wenn er z. B. den betr. Dienstboten oder Arbeiter als unzuverlässig, bezw. beim Gebrauche von Feuer und Licht unvorsichtig kennt. (Vgl. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 63—66.)

---

[1]) In ähnlicher Weise erklärt das Schweizerische Obligationenrecht (Art. 62) die Haftung des „Geschäftsherrn" für den von seinen Angestellten oder Arbeitern verübten Schaden dann für ausgeschlossen, wenn er nachweist, „daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten".

[2]) In der Französ. Gerichtspraxis wurde der Bauunternehmer dafür verantwortlich erachtet, daß sein Arbeiter durch Rauchen an der Arbeitsstelle einen Brand verursacht hatte. Der Dienstherr wurde für haftbar erklärt für den von seinem Hirten beim Hüten verübten Diebstahl an Holz. Vgl. Dr. Dreyer, Gutachten für den 17. Deutschen Juristentag (1884), Verhandl. des letztern Bd. I S. 79 ff.

[3]) Es ist „das abstrakte Spiel juristischer Begriffe, welches die Grenzlinie bestimmt", — bemerkt hinsichtlich der betr. Französischen Praxis O. Mayer in seinem Gutachten für den 17. Deutschen Juristentag (Verhandl. des letztern Bd. I S. 133).

Um thunlichst zu praktisch befriedigenden Resultaten zu gelangen, wird der Ausdruck: „in Ausführung der Verrichtung" rc. in § 831 in einer auch das Verhalten des Arbeiters rc. bei der Geschäftsausführung mit umfassenden Weise zu interpretiren sein.

3. Um sich zu entlasten, hat der Geschäftsherr die Beobachtung der „im Verkehr erforderlichen" Sorgfalt nachzuweisen; es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß die Berufung auf ein etwa üblich gewordenes nicht sorgfältiges Verhalten nicht zu beachten ist (Reatz I S. 384).

4. In § 831 Abs. 2 sind die Worte „durch Vertrag" von der R. T. Kommission (Bericht S. 60) hinzugefügt worden. Die Vorschrift trifft also nicht zu, wenn Jemand nur thatsächlich die Besorgung der dort gedachten Geschäfte für den Geschäftsherrn übernommen hat.

§ 832. Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.

1. In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht und dem Preußischen A. L. R. Th. I Tit 6 §§ 57, 65 wollte der I. Entw. (§ 710) dem Beschädigten den Beweis dafür auferlegen, daß der Aufsichtspflichtige „seine Aufsichtspflicht verletzt hat und bei Erfüllung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde". Nach dem B. G. B. (§ 832, II § 755) haben dagegen — wie nach Französ. Recht (code civil art. 1384) — die Aufsichtspflichtigen den Entlastungsbeweis zu führen.

2. Der I. Entw. (§ 710) wollte jeden gesetzlich zur Aufsicht Verpflichteten wegen Verabsäumung dieser Pflicht schadensersatzpflichtig erklären. Gemäß II § 755 ist nun aber die Haftung auf die Fälle beschränkt, wo es sich um die Aufsicht über die einer solchen wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistlichen oder körperlichen Zustandes bedürfenden Personen handelt, wo also die Aufsichtspflicht den Zweck hat, Beschädigungen Dritter durch die der Aufsicht unterworfenen Personen zu verhüten. (v. Jecklin a. a. O. S. 802, Denkschr. S. 102.)

3. Die dem Aufsichtspflichtigen auferlegte Verantwortlichkeit sollte nach der Regier.-Vorlage (§ 816, II § 755 Abs. 2) auch denjenigen treffen, „welcher die Führung der Aufsicht für den kraft Gesetzes Verpflichteten übernimmt". Nach der jetzigen von der R. T. Kommission (Bericht S. 60) beschlossenen Fassung des § 832 Abs. 2 bezieht sich dagegen die Vorschrift nur auf denjenigen, der die Aufsicht „durch Vertrag", also nicht nur thatsächlich übernommen hat, die Haftung desselben tritt aber auch dann ein, wenn sein Auftraggeber nicht gesetzlich zur Aufsicht verpflichtet war.

§ 833. Wird durch ein Thier ein Mensch getödtet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Thier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der I. Entw. (§ 734) wollte denjenigen, der ein Thier hält, nur dann zum Ersatze des durch das Thier verursachten Schadens für verpflichtet erklären, wenn der Schaden in

Folge schuldhafter Verabsäumung der zu seiner Verhütung erforderlichen Vorsichtsmaßregeln entstanden war.

Die Regier.=Vorlage (§ 817, II § 756) enthielt neben der jetzt den § 833 bildenden Bestimmung in grundsätzlicher Uebereinstimmung mit dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 73, 74, aber unter Umkehrung der Beweislast noch die Vorschrift:

> Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Hausthier verursacht wird und derjenige, welcher das Thier hält, bei dessen Beaufsichtigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Von der R. T. Kommission (Bericht S. 60) ist diese Bestimmung gestrichen worden, und zwar im Interesse der öffentlichen Sicherheit unter Hinweis auf die häufigen Verletzungen von Personen durch große Luxushunde. Bemerkt wurde dabei ferner, daß auch, wer zu gewerblichen Zwecken gefährliche Thiere zu halten gezwungen sei, die damit für Andere verbundenen Gefahren übernehmen müsse. Die Frage wurde auch im Reichstage erörtert (sten. Ber. S. 3060 ff.), die Mehrheit entschied sich aber für die Streichung der gedachten Bestimmung.

Es haftet also nach dem B. G. B. ebenso wie nach Französ. Recht (code civil art. 1350) und nach dem Sächs. B. G. B. (§§ 1560, 1561) [1]) derjenige, der ein Thier hält, unbedingt für den durch dasselbe verursachten Schaden, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. — Bei einem konkurrirenden Verschulden des Beschädigten findet § 254 Anwendung.

§ 834. Wer für denjenigen, welcher ein Thier hält, die Führung der Aufsicht über das Thier durch Vertrag übernimmt, ist für den Schaden verantwortlich, den das Thier einem Dritten in der im § 833 bezeichneten Weise zufügt. Die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die Worte „durch Vertrag" sind hier wie in § 832 Abs. 2 von der R. T. Kommission (Bericht S. 60) eingeschaltet worden.

§ 835. Wird durch Schwarz=, Roth=, Elch=, Dam= oder Rehwild oder durch Fasanen ein Grundstück beschädigt, an welchem dem Eigenthümer das Jagdrecht nicht zusteht, so ist der Jagdberechtigte verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den Schaden, den die Thiere an den getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen des Grundstücks anrichten.

Ist dem Eigenthümer die Ausübung des ihm zustehenden Jagdrechts durch das Gesetz entzogen, so hat derjenige den Schaden zu ersetzen, welcher zur Ausübung des Jagdrechts nach dem Gesetze berechtigt ist. Hat der Eigen=

[1]) Nach Sächs. Recht kann aber der Eigenthümer eines Hausthieres, welches Schaden angerichtet hat, sich von der Ersatzpflicht durch Hingabe des Thieres an den Beschädigten befreien, wenn er nachweisen kann, „daß er bei der Beaufsichtigung des Thieres nichts verschuldet hat". — Nach Röm. (gemeinen) Recht haftet der Eigenthümer eines Thieres ohne weiteres nur für den Schaden, den dasselbe wider die Natur seiner Gattung (contra naturam generis sui) angerichtet hat, er kann sich aber von dieser Haftung durch Hingabe des Thieres an den Beschädigten (noxae datio) befreien.

thümer eines Grundstücks, auf dem das Jagdrecht wegen der Lage des Grundstücks nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf einem anderen Grundstück ausgeübt werden darf, das Jagdrecht dem Eigenthümer dieses Grundstücks verpachtet, so ist der letztere für den Schaden verantwortlich.

Sind die Eigenthümer der Grundstücke eines Bezirkes zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechts durch das Gesetz zu einem Verbande vereinigt, der nicht als solcher haftet, so sind sie nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig.

1. Der I. Entw. wollte die Frage des Wildschadensersatzes der landesgesetzlichen Regelung überlassen. Die Mehrheit der Kommission für die 2. Lesung des Entw. hielt aber ein Eingreifen der Reichsgesetzgebung für erforderlich, und zwar mit Rücksicht auf die schwierige Lage der mittleren und kleineren Landwirthe und um die betreffs der Frage jetzt obwaltende Rechtsverschiedenheit zu beseitigen.

Im größten Theile des Deutschen Reichs, insbesondere in Preußen (Gesetz vom 11. Juli 1891) und Bayern ist die Wildschadensersatzpflicht durch besondere Gesetze geregelt. Gesetzlich nicht anerkannt ist eine solche Verpflichtung insbesondere in Sachsen, Württemberg und Baden, während in einigen Gebieten (auf etwa 9 % des Reichsgebiets) ein Ersatz für Wildschaden nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, also bei einem Verschulden des Jagdberechtigten, insbesondere bei übermäßiger Hegung zu leisten ist. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 805.)

2. In der R. T. Kommission (Bericht S. 60 f.) wurde beschlossen, die Ersatzpflicht auch auf den „durch Hasen oder durch Fasanen" verursachten Schaden auszudehnen. Es wurde dabei geltend gemacht, wenn auch der durch Hasen veranlaßte Wildschaden bei Feldgrundstücken wenig zu bedeuten habe und gewiß durch die Erhöhung der Jagdpacht bei starkem Hasenbestande mehr als aufgewogen werde, so sei doch dieser Schaden in Gärten, namentlich aber in Baumschulen von sehr großer Bedeutung und deshalb eine Schadensersatzpflicht begründet; ebenso sei da, wo ein starker Fasanenbestand gehalten werde, der Schaden namentlich an der Aussaat unter Umständen ein sehr empfindlicher.

Hiergegen wurde Seitens der Regier.-Vertreter und auch von verschiedenen Kommissionsmitgliedern insbesondere geltend gemacht, die Anerkennung einer Ersatzpflicht für den durch Hasen veranlaßten Schaden werde wohl zu zahllosen Processen und somit zu erheblichen Kosten führen, aber keinen nennenswerthen praktischen Erfolg haben, da der an Feldfrüchten durch Hasen veranlaßte Schaden kaum bemerkbar sei; Baumschulen aber könnten Seitens der Eigenthümer durch eine nur geringe Kosten verursachende Einzäunung geschützt werden; was aber den Wildschaden durch Fasanen betrifft, so werde in vielen Fällen garnicht festzustellen sein, durch welche Art von Federwild ein Schaden angerichtet sei. Von anderer Seite wurde bei starkem Fasanenbestande — und nur da komme eine Wildschadensersatzpflicht ernstlich in Frage — die Feststellung, daß der Schaden auf die Fasanen zurückzuführen sei, für sehr wohl angängig erachtet. Auch wurde geltend gemacht, es ständen sich hier wesentlich die Interessen der wohlhabenden Jagdliebhaber und des kleinen Mannes gegenüber und müßten deshalb die letztern Interessen den Ausschlag geben. — Die Mehrheit der R. T. Kommission hielt hiernach die in erster Lesung beschlossene Ausdehnung der Ersatzpflicht auf den durch Hasen und Fasanen verursachten Schaden auch in der 2. Lesung aufrecht.

Im Reichstage fanden über die erwähnte Ausdehnung der Wildschadensersatzpflicht lebhafte Erörterungen statt namentlich bezüglich des durch Hasen veranlaßten Schadens. Schließlich wurde in der dritten Berathung des Entw. des B. G. B. (in der Sitzung am 30. Juni 1896) in namentlicher Abstimmung mit 168 gegen 85 Stimmen (bei 7 Stimm-

Enthaltungen) die Ausdehnung der Ersatzpflicht auf den durch Hasen veranlaßten Schaden abgelehnt. Vgl. stenograph. Berichte S. 3064, 3065.

3. Die Bestimmungen des B. G. B. beziehen sich nur auf die Fälle, wenn der Grundstücks-Eigenthümer rechtlich nicht in der Lage ist, sich selbst gegen Wildschaden genügend, namentlich durch Abschuß zu schützen, wenn also noch einem Dritten ein Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden zusteht [1]) oder wenn dem Grundstücks-Eigenthümer die Ausübung des ihm zustehenden Jagdrechts durch das Gesetz im öffentlichen Interesse entzogen ist und gemeinschaftliche Jagdbezirke gebildet sind (vgl. § 835 Abs. 2 Satz 1) oder die Jagd nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf einem andern (benachbarten) Grundstücke ausgeübt werden darf (§ 835 Abs. 2 Satz 2). Den Landesgesetzen ist aber für letzteren Fall vorbehalten, den Eigenthümer des einen Grundstücks für den auf dem andern entstandenen Wildschaden schon dann für haftpflichtig zu erklären, wenn er die ihm angebotene Pachtung der Jagd abgelehnt hat. (Art. 71 des Einf.-Ges.)

Die Organisation des Jagdverbandes und die Vertheilung des Schadensersatzes unter die Mitglieder desselben ist den Landesgesetzen überlassen; wenn jedoch die Landesgesetzgebung die Jagdgemeinschaft als bloße Gesellschaft nach den Vorschriften des B. G. B. gestaltet, ohne über die Haftung der Genossen etwas zu bestimmen, (vgl. Einf.-Ges. Art. 71 Nr. 5), so soll nicht die nach diesen Vorschriften sich sonst ergebende gesammtschuldnerische Haftung eintreten, sondern gemäß § 835 Abs. 3 eine Haftung nach Verhältniß der Größe der Grundstücke. (Vgl. Denkschr. S. 104; s. auch § 840 Abs. 1.)

Unberührt gelassen sind auch nach Art. 71 Nr. 6 des Einf.-Ges. die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach die Gemeinde statt der Eigenthümer der zu einem Jagdbezirke vereinigten Grundstücke zum Wildschadens-Ersatze mit dem Rechte des Rückgriffs auf die Eigenthümer verpflichtet ist oder statt der Eigenthümer oder des Eigenthümer-Verbandes oder der Gemeinde oder neben ihnen der Jagdpächter zum Wildschadensersatz verpflichtet ist. (Vgl. Art. 70 und 71 des Einf.-Ges.)

4. Statt des Eigenthümers haftet für den Wildschaden der Nutzungsberechtigte, dem ein zeitlich nicht begrenztes Nutzungsrecht, insbesondere ein Erbpachtrecht (vgl. Art. 63, 197 des Einf.-Ges.) hinsichtlich des Grundstücks zusteht. Art. 72 des Einf.-Ges.

5. Hat sich der Verpächter seinem Pächter gegenüber die Ausübung des ihm zustehenden Jagdrechts vorbehalten, so hat der Pächter einen gesetzlichen Anspruch auf Wildschadensersatz nicht; die Kommission für den II. Entw. hat die Zuerkennung eines solchen Anspruchs abgelehnt. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 806.) Die Regelung der bezügl. Verhältnisse ist also ausschließlich der Vereinbarung den Parteien überlassen.

6. „Der Ersatzanspruch steht jedem durch Schadenwild Beschädigten zu, also gegebenenfalls auch dem Pächter" (Denkschr. S. 103). Bei konkurrirendem Verschulden des Beschädigten findet § 254 Anwendung, wenn z. B., um Schadensersatz zu erlangen, Feldfrüchte über die Erntezeit hinaus auf dem Felde stehen gelassen werden.

Bezüglich der Grundsätze für die Wildschadens-Feststellung sind die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend gewesen. Unberührt gelassen sind auch die für die Anmeldung der Ersatzansprüche eine Frist festsetzenden landesgesetzlichen Vorschriften. (Art. 70 des Einf.Ges.)

7. Die Haftung nach § 835 ist nicht auf land- und forstwirthschaftliche Grundstücke beschränkt; sie bezieht sich auf Grundstücke überhaupt.

In der R. T. Kommission (Bericht S. 60) war folgender Zusatz zu § 835 Abs. 1 beantragt:

---

[1]) Eine Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden findet in Deutschland größtentheils nicht mehr statt. Vgl. für Preußen: Gesetz vom 31. October 1848 und vom 1. März 1873.

Als eingeerntet gelten die Erzeugnisse auch dann, wenn sie in Diemen, Mieten, Beimen und dergl. zusammengebracht sind.

Von Seiten der Regier.-Vertreter und von verschiedenen Seiten wurde dies als selbstverständlich bezeichnet. Der Antrag wurde darauf zurückgezogen.

8. In der R. T. Kommission (Bericht S. 61) wurde unter Hinweis auf eine gleiche Vorschrift des Hannoverschen Wildschadengesetzes vom 21. Juli 1848 folgende Zusatz-Bestimmung hinter § 835 (§ 819 der Reg.-Vorlage) beantragt:

Wird der Schaden durch Schwarz- oder Rothwild verursacht, das seinen Stand in einem andern Jagdbezirke hat, so ist dem Ersatzpflichtigen gegenüber derjenige für den Schaden verantwortlich, welcher in dem anderen Jagdbezirke ersatzpflichtig sein würde.

Der Antrag gelangte aber nicht zur Annahme. Es sind jedoch nach Art. 71 Nr. 7 des Einf.-Ges. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben, wonach der zum Wildschadens-Ersatze Verpflichtete Erstattung des geleisteten Ersatzes von dem in einem andern Bezirke zur Jagd-Ausübung Berechtigten verlangen kann.

§ 836. Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getödtet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, daß er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können.

Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer.

Die in § 836 statuirte Haftung für den Einsturz eines Gebäudes 2c. entspricht den Grundsätzen, welche in dieser Hinsicht in den meisten neueren Gesetzen gelten. Vgl. Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 8 §§ 36, 37, 60 in Verbindung mit Tit. 6 §§ 10 ff., 26, Sächs. B. G. B. § 151, code civil art. 1385. — Vgl. auch § 908.

Auch hier ist nach den in der 2. Lesung des Entw. (§ 759) gefaßten Beschlüssen nicht dem Beschädigten der Nachweis des Verschuldens des Ersatzpflichtigen, sondern letzterem der Entlastungsbeweis auferlegt.

Ersatzpflichtig erklärt ist der Eigenbesitzer, d. h. derjenige, der das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872) da nur er im Stande ist, sich über den Zustand des Gebäudes zu unterrichten und das zur Abwendung der Gefahr Erforderliche zu veranlassen. Seine Haftung ist auch nach der Beendigung seines Besitzes betreffs des innerhalb des nächsten Jahres eintretenden Schadens gemäß § 836 Abs. 2 für fortbestehend erklärt, damit er sich nicht durch Aufgeben des Besitzes seiner Verpflichtung entziehen kann.

§ 837. Besitzt Jemand auf einem fremden Grundstück in Ausübung

eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk, so trifft ihn an Stelle des Besitzers des Grundstücks die im § 836 bestimmte Verantwortlichkeit.

In dem in § 837 gedachten Fall ist in der Regel nicht der Grundstücks-Besitzer, sondern der dritte Besitzer des betr. Gebäudes rc. (Erbbauberechtigter, Pächter rc.) im Stande, das zur Abwendung von Gefahr Erforderliche zu veranlassen. Ihn trifft daher die Haftung statt des Eigenbesitzers. Vgl. Mot. II S. 819.

§ 838. Wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstück verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt, oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu unterhalten hat, ist für den durch den Einsturz oder die Ablösung von Theilen verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer.

Vgl. §§ 1021, 1022, 1041, 1090.

§ 839. Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urtheil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

1. Bereits nach § 823 ist der Beamte schadensersatzpflichtig, wenn er durch seine Amtshandlung vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines Andern widerrechtlich verletzt, oder gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Der § 839 stellt, weiter gehend, eine Ersatzpflicht des Beamten auch für den Fall fest, wenn er seine Amtspflicht, seine Dienstvorschriften verletzt. Es soll aber eine solche Haftung — entsprechend dem Standpunkte der Kommission für den II. Entw. betreffs die Haftung wegen Gesetzesverletzungen, vgl. § 823 und Bemrk. 2 dazu — nur dann eintreten, wenn es sich um die dem Beamten „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" handelt; nämlich um eine Amtspflicht, „die nach dem Inhalte der maßgebenden Dienstvorschrift dem Beamten nicht nur gegenüber dem Gemeinwesen, in dessen Dienst er steht, sondern auch gegenüber der geschädigten Privatperson obliegt" (Denkschr. S. 105).

2. Im Anschluß an das Preuß. A. L. R. Th. II Tit. 10 §§ 88, 89, 91 ist von der Kommission für den II. Entw. (§ 762) — im Gegensatz zum I. Entw. § 736 — die Haftung des Beamten bei nur fahrlässiger Pflichtverletzung nur subsidiär und zwar für den Fall festgesetzt, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

3. Mit der im Interesse der Rechtspflege unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte würde es unvereinbar sein, wenn der Richter wegen eines ihm bezüglich eines Urtheils

in einer Rechtssache zur Last gelegten Versehens verantwortlich gemacht werden könnte. Demgemäß ist die Verantwortlichkeit der Richter für ihre Urtheile in Uebereinstimmung mit dem Preuß. Recht in der in § 839 Abs. 2 gedachten Weise eingeschränkt worden. In der Regier.-Vorlage (§ 823 Abs. 2, II § 762) war die Verantwortung statuirt für die Verletzung der Amtspflicht „bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache". Vom Reichstage wurde zunächst (in der zweiten Lesung des Entw. des B. G. B.) die Vorschrift hinsichtlich der Pflichtverletzung bei der Leitung einer Rechtssache gestrichen und wurden sodann in der dritten Lesung (vgl. stenogr. Berichte S. 3067—3069) auf Antrag des Abgeordn. Gröber (Württemberg) statt: „bei der Entscheidung einer Rechtssache" die Worte: „bei dem Urtheile in einer Rechtssache" gesetzt. Zur Begründung des Antrags wurde geltend gemacht, das Hauptgewicht sei auf die Rechtskraft des Urtheils zu legen; es dürfe nicht neben dem gesetzlichen Instanzenzuge auch noch die Möglichkeit gegeben werden, auch noch auf dem Umwege eines Privatrechtsstreits, wenn die Sache rechtskräftig entschieden sei, die ganze Frage nochmals durch alle Instanzen hindurchzutreiben; auf Entscheidungen, welche nicht Urtheile (bezw. Zwischenurtheile oder Theilurtheile) sind, insbesondere Haftbefehle, Verfügungen über Beschlagnahme sei also die Vorschrift des § 839 Abs. 2 nicht auszudehnen.

4. Die Bestimmung des § 839 Abs. 3 ist nach dem Vorgange des Sächs. B. G. B. §§ 1506, 1507 vom Bundesrath beschlossen worden; es sollte demnach jedenfalls der Instanzenzug zuvörderst erschöpft werden. Von der R. T. Kommission (Bericht S. 63 f.) sind zur Einschränkung der Vorschrift die Worte: „vorsätzlich oder fahrlässig" eingeschaltet worden.

§ 840. Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie, vorbehaltlich der Vorschrift des § 835 Abs. 3 als Gesammtschuldner.

Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatze des von einem Anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der Andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.

Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Dritte allein verpflichtet.

Der Verletzte kann sich an jeden einzelnen Haftpflichtigen wegen seines ganzen Anspruchs halten (§ 421). Das Verhältniß der Haftpflichtigen unter einander bestimmt sich mit Ausnahme der in § 840 Abs. 2 und 3 gedachten Fälle nach § 426.

§ 841. Ist ein Beamter, der vermöge seiner Amtspflicht einen Anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken hat, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem Anderen für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Andere allein verpflichtet.

Die aus Billigkeitsrücksichten getroffene Bestimmung bezieht sich z. B. auf Vormundschaftsrichter und Konkursrichter.

§ 842. Die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachtheile,

welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt.

Die Bestimmung ist von der Kommission für die 2. Lesung des Entw. (II § 765) beschlossen worden.

§ 843. Wird in Folge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.

Auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung. Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.

Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.

Die Verpflichtung, dem Verletzten die Heilungskosten zu ersetzen, ergiebt sich bereits aus § 823.

Die Rente ist für 3 Monate im Voraus zu bezahlen (§ 760).

§ 844. Im Falle der Tödtung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.

Stand der Getödtete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadenersatz zu leisten, als der Getödtete während der muthmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war.

1. Die §§ 844 bis 846 betreffen die Ansprüche, welche ausnahmsweise den nur mittelbar geschädigten Dritten zustehen sollen.

In dem dem § 844 entsprechenden § 722 des I. Entw. war auch noch bestimmt, daß im Falle der Tödtung der Ersatzpflichtige auch die Kosten der versuchten Heilung zu tragen habe. Diese Bestimmung ist in den II. Entw. (§ 767) und in § 844 nicht aufgenommen worden, weil es sich hierbei um eine Schädigung des Vermögens des Getödteten handelt und somit die Ersatzpflicht schon aus § 823 sich ergiebt. (v. Jecklin a. a. O. Bd. 40 S. 816 f.)

2. Im I. Entw. § 722 Abs. 2 war auch ein Ersatzanspruch anerkannt wegen des in Folge der Tödtung eingetretenen vorzeitigen Erlöschens eines an die Person des Getödteten geknüpften Vermögensrechts (wie Nießbrauch, Leibrente ꝛc.) Die Kommission für den II. Entw. hat diese Vorschrift beseitigt; denn, so wurde dabei ausgeführt, es erfordere das In-

teresse der Gläubiger des Verstorbenen eine soweit gehende Ersatzpflicht keineswegs, da die zeitlich unbestimmt begrenzten Vermögensrechte ihrer Natur nach nur unsichere Grundlagen für eine Creditgewährung darböten, die Erben des Verstorbenen aber könnten nur insoweit, als geschädigt gelten, als sie unterhaltungsberechtigt gewesen seien und insoweit sei für sie in § 844 gesorgt. Im I. Entw. (a. a. O.) war ferner bestimmt, wenn durch den Tod der Erwerb eines Vermögensrechts verhindert worden sei, das der Getödtete nach seiner muthmaßlichen Lebensdauer erworben haben würde, so sei „er in seinem Vermögen insoweit als geschädigt anzusehen, als sein Nachlaß durch den vorzeitigen Tod eine Verminderung erfahren hat". Auch diese Vorschrift ist von der Kommission für den II. Entw. beseitigt worden, indem eine so erweiterte Ersatzpflicht mit dem Wesen einer bloßen Erwerbsaussicht nicht vereinbar und auch nicht durch die Rücksicht auf die Erben oder die Nachlaßgläubiger geboten erschien. (v. Jecklin a. a. O. S. 817 f.)

§ 845. Im Falle der Tödtung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung.

Die Bestimmung ist in den II. Entw. (§ 768) neu aufgenommen worden.

Nach § 823 kann auch eine fahrlässige Freiheitsentziehung ersatzpflichtig machen, aber nur gegenüber dem unmittelbar Verletzten, dem die Freiheit entzogen ist. Auch für die mittelbar verletzten Unterhaltspflichtigen überhaupt einen solchen Anspruch anzuerkennen erschien nicht erforderlich, indem für dieselben durch Einleitung einer Pflegschaft für den Verletzten oder durch Pfändung des ihm zustehenden Anspruchs Sorge getragen werden könne (v. Jecklin a. a. O. S. 819). Die betr. Vorschrift des I. Entw. (§ 727) ist daher in der 2. Lesung des Entw. gestrichen worden. Nur denjenigen, denen der Verletzte gesetzlich zur Leistung von Diensten in ihrem Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war (Ehefrau und Kinder, §§ 1356 Abs. 2, 1617) ist der im § 845 gedachte Ersatzanspruch (in Form einer Rente, § 843 Abs. 2—4) zugebilligt worden.

§ 846. Hat in den Fällen der §§ 844, 845 bei der Entstehung des Schadens, den der Dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so finden auf den Anspruch des Dritten die Vorschriften des § 254 Anwendung.

Die Bestimmung ist von der Kommission für den II. Entw. (II § 769) zur Vermeidung von Zweifeln hinzugefügt worden.

§ 847. Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.

Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.

1. Auf die Fälle der Ehrverletzung erstreckt sich § 847 nicht. In der R. T. Kommission (Bericht S. 57, 67) wurde allerdings beantragt, auch im Falle einer Ehrverletzung (Beleidigung) den Verletzten für befugt zu erklären, „außer dem Ersatze des Vermögensschadens noch eine den Umständen angemessene Entschädigung in Geld" zu verlangen. Der Antrag wurde aber abgelehnt, indem geltend gemacht wurde, nach der allgemeinen Volksansicht sei es nicht ehrenvoll, sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen.

2. Die Vorschrift des § 847 Abs. 2 hat ihre jetzige erweiterte Fassung durch die R. T. Kommission (Bericht S. 67) erhalten. Nach dem II. Entw. (§ 770) und nach der Regier.-Vorlage (§ 831) sollte der in § 847 Abs. 1 gedachte Anspruch nur einer Frauensperson zustehen, gegen die durch Beiwohnung eine der in „den §§ 176, 177, 179, 182 des Strafgesetzbuchs bezeichneten Handlungen begangen oder die durch Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung verleitet wird". — Vgl. § 825.

§ 848. Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem Anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, ist auch für den zufälligen Untergang, eine aus einem anderen Grunde eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich, es sei denn, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde.

Nach dem I. Entw. (§ 716) sollte im Fall eines zufälligen Untergangs ꝛc. die Haftung des zur Rückgabe Verpflichteten nur ausgeschlossen sein, wenn erhellt, daß derselbe („dieser") Zufall, der die Sache nach der Entziehung betroffen hat, sie auch beim Beschädigten getroffen haben würde. Nach der jetzigen in der 2. Lesung des Entw. (II § 771) beschlossenen Fassung des § 848 kommt es dagegen — wie nach § 287 — nur darauf an, daß überhaupt irgend ein Zufall beim Beschädigten denselben Schaden, wie er nach der Entziehung eingetreten ist, herbeigeführt haben würde. Vgl. Bemrk. 1 und 2 zu § 287. — S. auch § 292.

§ 849. Ist wegen der Entziehung einer Sache der Werth oder wegen der Beschädigung einer Sache die Werthminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werthes zu Grunde gelegt wird.

Nach der Regier.-Vorlage (§ 833, II 772) sollte der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags „von der Zeit der Entziehung oder der Beschädigung an" verlangen können. Die jetzige von der R. T. Kommission (Bericht S. 67) beschlossene Fassung entspricht der von derselben beschlossenen Aenderung des § 290. Vgl. Bemrk. 1—3 zu § 290.

§ 850. Macht der zur Herausgabe einer entzogenen Sache Verpflichtete Verwendungen auf die Sache, so stehen ihm dem Verletzten gegenüber die Rechte zu, die der Besitzer dem Eigenthümer gegenüber wegen Verwendungen hat.

Vgl. §§ 994 ff.

§ 851. Leistet der wegen der Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache zum Schadensersatz Verpflichtete den Ersatz an denjenigen, in dessen Besitz sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung

befunden hat, so wird er durch die Leistung auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigenthümer der Sache war oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte, es sei denn, daß ihm das Recht des Dritten bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Die Bestimmung ist in der 2. Lesung des Entw. (II 774) als der Billigkeit gemäß beschlossen worden. Sie entspricht dem Grundsatze (§ 1006), daß zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache zu vermuthen ist, daß er Eigenthümer der Sache sei. (Vgl. v. Jecklin a. a. O. S. 823.)

§ 852. Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntniß erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.

Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach der Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Die Bestimmung entspricht dem Preuß. A. L. R. Th. I Tit. 6 §§ 54, 55 und der da zu erlassenen Deklaration vom 31. März 1838.

§ 853. Erlangt Jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist.

Die Bestimmung ist in den II. Entw. (§ 776) neu aufgenommen worden.

Der Ausdruck: „unerlaubte Handlung" in § 853 bezieht sich — wie in der R. T. Kommission (Bericht S. 67) Seitens der Regier.-Vertreter auf eine Anfrage bestätigt wurde — auf alle im 25. Titel erwähnten Fälle, also auch auf diejenigen, in welchen den Verletzer eine Schuld nicht trifft.

Sachregister.

Die Zahlen ohne Zusatz bezeichnen die Seiten.

A.

G.

V.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 9 Z. 10 von unten ist zu lesen: „anzurechnen" statt „anzunehmen".

S. 9 Z. 6 von unten ist das Wort „nicht" zu streichen.

S. 272 sind im Texte des § 797 vor dem Worte „verpflichtet" die Worte: „zur Leistung" einzuschieben.

Zusatz zu S. 63 Bemrk. 1 § 343 a. E.:

Nach dem H. G. B. vom 10. Mai 1897 § 348 findet die Herabsetzung einer von einem Kaufmann in seinen Handelsgeschäften versprochenen Vertragsstrafe nicht statt.

Zusatz zu S. 259 Bemrk. 1 zu § 780 a. E.:

Auf Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse von Kaufleuten in ihren Handelsgeschäften findet die Formvorschrift der §§ 780, 781 nach dem H. G. B. vom 10. Mai 1897 § 350 keine Anwendung.

Die Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, abgekürzt als „Denkschr.", nach der bei J. Guttentag in Berlin (1896) erschienenen Ausgabe citirt.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schl.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schl.